SCRITTI GERMANICI

DI

DIRITTO CRIMINALE

SCRITTI GERMANICI

DI

DIRITTO CRIMINALE

TOMO III.

LIVORNO

Andrea Nanni Editore

MDCCCXLVII.

È sembrato ad alcuni, che le disposizioni dell' art. 1 e 2 della nostra patria legge del 27 ottobre 1846, delle quali parlai nella prefazione al secondo tomo della presente raccolta con quell' onore, che stimai loro dovuto, discordino dal sistema della convinzione morale, stabilito dal motuproprio del 2 agosto 1838. Mi sia lecito di mostrare in poche parole l' ingiustizia di questo parere.

Che cos'è la *moral convinzione?* Molti hanno detto, e dicono ancora, che essa consiste in quel sentimento quasi instintivo, che prova l' animo, quando accetta per vera una proposizione, senza sapere spiegare a sè stesso, non che altrui, le ragioni di un simile

assenso: onde sogliono portar la mano al petto, non al capo, allorchè vogliono materialmente additare la sede della moral convinzione. Ma il verbo *convincere,* se badiamo alla sua etimologia, vale *vincere pienamente*, cioè d'ogni parte, e designa sempre le vittorie della ragione sopra un intelletto non predisposto a riceverla. La criminale giurisprudenza, che ha parlato ab antico di *reo convinto*, e parla oggidì anche di *giudice convinto*, ha conservato nell' uno e nell' altro caso il senso originale di quel participio. Un reo in fatti si dice convinto, quando gli argumenti dell' incolpazione lo hanno stretto per modo, ch' ei non sa più come ragionevolmente difendersi. Ed un giudice dee chiamarsi convinto, quando le ragioni dell' accusa hanno superato nell'animo suo tutte le renitenze, ch' ei dovea per lo innanzi provare a credere, che fosse accaduta un'azion criminosa, e che l'avesse commessa la persona incolpatane. Un delitto è sempre un fatto improbabile, se si considera, che la massima parte degli atti umani è conforme alla legge giuridica. E non è meno improbabile, che di un delitto, del cui avvenimento non si possa oramai dubitare, sia stato l' autore precisamente l' incolpato, anzichè un altro agente, rimasto occulto in mezzo alla moltitudine dei cittadini. A misura che quelle

renitenze vanno cedendo alla forza degli argumenti, che le combattono, si opera il *convincimento* del giudice: e quando le prime sono state intieramente superate dai secondi, si presenta la sua *convinzione.* Or siccome ciò, che da prima indebolisce, e poi distrugge le presunzioni dell'innocenza, è l'efficacia dei ragionamenti; così mi pare, che la convinzione del giudice sia quello stato, in cui l'animo di lui si arrende ai sillogismi trionfanti dell'accusatore, e riconosce per certo il delitto ed il delinquente.

Nè cambia di significato la convinzione del giudice, aggiunto che le sia l'attributo di *morale;* perocchè la *convinzione morale* non è altro che un contrapposto alla *convinzione giuridica.* In questa la legge prefinisce le prove, senza il concorso delle quali non è permesso al giudice di condannare (1): in quella confida al medesimo la facultà di lasciarsi intieramente guidare dalle regole migliori dell'arte critica. Una legislazione perciò, la quale preferisca il sistema della convinzione morale, non franca i giudici dall'obbligo di sillogizzare, contentandosi che sentano solamente:

(1) Secondo la procedura criminale d'Olanda, di Würltemberg, di Baden, e di Berna, fa d' uopo, per condannare, che al concorso dei mezzi probatorj legali si aggiunga l' intima convinzione del giudice.

ma, senza costringerli con norme positive di diritto probatorio, vuole che seguano i principj della retta ragione, applicata alla verificazione dei fatti, e dei loro autori.

Laonde io non vedo da vero, come la legge del 27 ottobre 1846, ordinando, che i giudici espongano nelle sentenze i fatti, dai quali desumono la risoluzione delle quistioni, sottoposte alla loro decisione, e che menzionino soltanto quelli, che per giudiciali documenti risultano esaminati alla pubblica discussione, abbia menomamente alterato il sistema della convinzione morale. Anzi ardisco sostenere di più, che questo sarebbe rimasto in tutta la sua integrità, quantunque il legislatore, andando più oltre, avesse comandato, che i giudici manifestassero ancora i motivi, in grazia de' quali prestaron fede a quei fatti. Imperocchè la convinzione morale del giudice giureconsulto è quella d'un uomo, che per cultura intellettuale, e per esperienza forense, conosce l'indole e la virtù d'ogni logico procedimento, e dee sapere minutamente render conto a sè stesso, ed agli altri, di tutte le ragioni, che lo hanno indotto a ricevere, come certa, una data opinione (2). E s'io

(2) Non ostante il sistema della convinzione morale, il nostro pubblico ministero è tenuto a ragionare sui fatti, e sulla credibilità delle loro prove, per fare le sue requisizioni al tribunale. Se dun-

debbo dire candidamente la mia maniera di pensare, credo, che quest' altro passo della legislazione sarebbe un miglioramento importantissimo, e sommamente desiderabile, del nostro diritto processale.

Anche senza nutrire il menomo sospetto della probità e della costanza de'giudici, tutti sanno qual differenza interceda tra il formarsi un' opinione, raccogliendo subitaneamente nel proprio pensiero i motivi di essa, ed il formarsela, richiamando a rassegna severa, massimamente in iscritto, i suoi fondamenti. E quante volte non accade anche agli uomini meglio instruiti, ed esercitati, di assentire ad un ragionamento, agitato nella mente per qualche ora, e di doverlo poi rifiutare, come difettoso, allorchè si fanno a distenderlo? La facultà dunque di risolvere nelle cause criminali la quistione del fatto, senza addurre motivi di sorta, espone per lo meno i giudici al pericolo di abbracciare un' opinione, che un esame più riposato e più serio potrebbe far loro abbandonare.

Questo pericolo si vede aumentare, se presupponiamo i giudici, probi sì, ma non abbastanza costanti, e quindi suscettivi di rimaner sopraffatti da certe prevenzioni, che

que la convinzione morale non impedisce la motivazione al pubblico procuratore, perchè la renderebbe impossibile ai giudici?

quasi a nostra insaputa ci sogliono penetrare nell' animo per l' aspetto delle cose esteriori. L'incolpato non è un essere astratto, ma una creatura umana, vestita d' ossa e di polpe; che, mediante la sua fisionomia, il suo contegno, ed il tuono della sua voce, naturalmente genera in chi lo mira, e lo ascolta, sentimenti di sdegno, o di misericordia. E tali sentimenti possono di leggieri esercitare un tristo predominio sulla sentenza, dove i giudici non sieno posti nella felice necessità di decidere secondo le sole risultanze di rigorosi ragionamenti.

Finalmente, se i giudici sono uomini, possono qualche volta mancare, non solo di costanza, ma ancora di probità. Nel qual caso, non dovendo motivar la sentenza in quella parte, che risolve la quistione del fatto, la loro morale intemperanza resta libera pressochè d' ogni freno. Imperocchè la pubblicità della discussione non basta ad impedire tutte le ingiuste condanne, e non è quasi mai un ostacolo sufficiente alle capricciose assoluzioni.

Quando si pretende di giustificare con l'esempio inglese, americano, e francese del tribunal de' giurati l' uso di non motivare la decisione del fatto anche laddove pochi magistrati risolvono l' una e l'altra controversia del cri-

minale giudizio, si assomigliano cose che sono dissomigliantissime fra di loro.

Primieramente i giuristi sono concordi nel riputare, che il tribunal dei giurati sia piuttosto una guarentigia di politica libertà, che una instituzione puramente giudiciaria. E se questa guarentigia si potesse conciliare con l' obbligo di motivare la decisione, non vi sarebbe per certo chi dubitasse della convenienza d' imporlo. Poscia il tribunal de'giurati è composto di un numero di giudici molto maggiore di quello, che siede nei nostri tribunali: nei quali o due, o quattro voti bastano a condannare. I giurati sono liberamente ricusabili; mentre fra noi l' incolpato non può con modi ordinarj sottrarsi ai magistrati, che gli destina lo Stato. I giurati, come persone, che vengono da condizione privata ed indipendente, e che in essa rientrano appena pronunziato il *veredictum*, incontrano facilmente la pubblica approvazione delle loro sentenze: al giudizio de' magistrati all' incontro non si applaude così di leggieri, se non è appoggiato a ragioni evidenti ed irrepugnabili.

Dal che si raccoglie, che, mentre la fede, riposta dal popolo nel tribunal dei giurati, sorge dal posto indipendente, che occupano nella vita civile, dalla copia dei suffragj, che si richiedono per condannare, e dall'esteso diritto di ricusa, le decisioni de'giudici

giureconsulti possono inspirar confidenza solamente in quanto apparisca dai motivi della convinzione, che sono fondate sui migliori è più cauti mezzi di scoprire la verità, ed in quanto ammettano rimedj giuridici per correggur l'errore (3).

La sola esposizion dei motivi di una convinzione, anche giuridicamente incensurabile, sarebbe già una gran cosa; perocchè il commendevole amor proprio dei giudici difficilmente permetterebbe loro di profferire sentenze, che fossero destitute di logica base. Per altro s' ingannerebbe a partito chi stimasse, che il sottoporre alla revisione di un tribunal superiore le sentenze motivate, che hanno risoluto la quistione del fatto, assolutamente ripugnasse al sistema della convinzione morale; avvegnachè questa, siccome abbiamo veduto, non sia un sentimento subiettivo, che muti natura col mutare dell'individuo, in cui nasce, ma un risultato dell'applicazion delle regole dell'arte critica alla verificazione dei fatti. Or se l'arte critica ha principj universalmente riconosciuti, il tribunal superiore, anche senza leggi positive di diritto probatorio, potrebbe censurare a tenore di essi le decisioni del fatto, pronunziate dal

(3) Mittermaier *das deutsche Strafverfahren* Heidelb. 1846. par. II. p. 308.

tribunale inferiore. Le così dette *regole della evidenza,* pubblicate in Inghilterra e in America per uso dei giurati, dimostrano, che ancora in que' paesi la moral convinzione si crede subordinata ai canoni logici, che sono rispettati dall'unanime consentimento del genere umano.

F. A. Mori.

INDICE

DEGLI SCRITTI CONTENUTI IN QUESTO TOMO.

I.

IL DOLO APPELLATO GENERALE, ESAMINATO DA *MITTERMAIER*, AVUTO RIGUARDO ALLE DISPOSIZIONI DELLE PIU' MODERNE LEGISLAZIONI, ED ALLE DISCUSSIONI STATUALI IN PROPOSITO (DISSERTAZIONE ESTRATTA DALL'ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE ANNO 1841 FASC. 1.)

È ufficio della scienza stabilire i principj, i quali come risultati delle esigenze della giustizia debbono servire di guida al giudice nell'applicazion delle leggi penali. Il desiderio di evitare i pericoli, che possono facilmente nascere dagli universali, la difficoltà di comprendere tutti i casi di specie diversa in un solo principio, e l'osservare, che da questo, se disteso troppo strettamente o largamente, deriverebbero ingiuste decisioni, persuadono a stabilire molte distinzioni e connotazioni, per facilitare la retta intelligenza di coloro, che debbono applicare le leggi. Sì fatte distinzioni e connotazioni sono senza pericolo nella provincia della scienza; perchè l'adottarle, o no, dipende dalla prudenza de'giudici, e sono inoltre materia di quel continuo perfezionamento, che mediante il contrasto degli spiriti conduce a poco a poco alla verità, e corregge gli errori del tempo andato. Ma se il legislatore innalza tali principj e distinzioni al grado di leggi, inceppa i giudici, e li costringe a sottoporre casi di specie diversa ad un precetto legale, che loro non si adatta. Il legislatore al-

lora precipita di leggieri in una casistica doppiamente pericolosa; perchè non vi ha caso, che sia del tutto eguale ad un altro, e perchè la colpevolezza dell'uno non si può equiparare a quella dell'altro. La cosa è anche più seria, quando nelle assemblee statuali si propone d'inserire in una legge la decisione di casi particolari, o di porvi certe regole o connotazioni, e su di ciò si consulta e si dà il suffragio. La maggior parte dei membri (quelli cioè non educati alla giurisprudenza) di una simile assemblea mista, o sono ignari del linguaggio della scienza giuridica, o stranieri all'applicazione del dritto: e quindi non possono rappresentarsi i casi possibili, ai quali in seguito si dovrà applicare il proposto precetto legale, nè si trovano in grado di valutare le conseguenze della risoluzione. In essi fa per avventura impressione un esempio dipinto con forti colori, ed occupa il loro spirito nella ballottazione. Chi non è giurista si lascia senza dubbio guidare dalla sua fede nell'onnipotenza dello spavento, da eccitarsi per via delle pene: le circostanze dell'esempio narrato determinano il sentimento, e quindi la votazione, la quale spesso non è che l'opera del caso; avvegnachè troppi membri non giuristi tirin dietro all'esempio dell'uno o dell'altro oratore, che riscuote la loro fiducia, ed a lui prestino omaggio nel dare il suffragio. La verità di queste affermazioni risulta mirabilmente, se si prendono a considerare le discussioni delle assemblee statuali di Württemberg e di Baden intorno al dolo appellato generale. Nè nel progetto di Württemberg, nè in quello di Baden era stata proposta alcuna disposizione pel caso, in cui l'agente, nell'intenzion di commettere un delitto, esempigrazia di uccidere, intraprese atti, che nol condussero alla sua meta, e poi, senza sapere che i medesimi aveano mancato di effetto, eseguì un altro atto, che produsse il successo. Una fanciulla, per esempio, vuol

uccidere il suo bambino appena nato, e lo strangola. Convinta, che il fanciullo sia morto, lo getta nell'acqua. Poi viene a risultare, che il bambino non è perito in virtù dello strangolamento, ma bensì dell'annegamento. I motivi del progetto di Württemberg dichiarano (1), che non si è creduta conveniente una disposizion generale su di ciò, perchè la medesima non potrebbe riferirsi che a pochi delitti, e perchè si dee riputare, che i tribunali saranno condotti a rette decisioni, esattamente interpretando le leggi, che governano la materia dell' omicidio premeditato. La commissione legislativa di Baden evitò a bello studio una prescrizione su tal proposito, perchè stimò pregiudicievoli tutte le disposizioni su di casi particolari, e perchè inoltre credè, che ogni tribunale, quando partisse da giusti principj, ed avesse principalmente riguardo alle più minute circostanze del fatto speciale, potrebbe sicuramente decidere, se l' azione dovesse imputarsi come dolosa. Nella commissione della seconda camera di Württemberg (2) il caso ebbe per vero dire alcune dichiarazioni, e fu rigorosamente deciso, ma non si giudicò per altro necessaria una disposizione particolare intorno al dolo generale. Fu solamente notato, che al più si poteva inserire un articolo, che lo contemplasse, nel delitto di omicidio (3). Quando incominciò la consulta nella camera, i giuristi non furono così facili a con-

(1) p. 38.

(2) Rapporto della Commissione p. 286.

(3) Si propose di determinare per questo caso, che nulla rimane alterato nell'imputazione del fatto, quando l'agente, nella sua intenzione di uccidere, abbia in generale eseguito più azioni od omissioni, ognuna delle quali potesse di per sè esser causa di morte, od egli aspettasse questo effetto da una delle medesime, mentre aveva già avuto luogo l' effetto dell' altra, o, credendo, che l'effetto di un'azione od omissione fosse di già avvenuto, avesse intrapreso l'altra con la sola mira di occultare il fatto.

tentarsi. Essi esposero, che nei tribunali di Württemberg si presentava una pratica sommamente diversa nella risoluzione dei casi, che appartenevano a questa materia, e che era perciò necessaria una decisione legale. La seconda camera richiese dunque al Governo, che nella parte generale del codice si ponesse una disposizione sopra l'imputazione del dolo generale. La commissione governativa fece due proposizioni a quella statuale: la quale dichiarò a buona ragione nel suo rapporto (4), che non sarebbe agevole il dare una nozione sodisfaciente del dolo generale, e che in ogni caso si renderebbero necessarj degli esempj per chiarirla. Rappresentò inoltre, che sarebbe stato meglio presupporre come nota l'idea, e solamente esprimere nel codice, che il dolo generale ha le stesse conseguenze del particolare, ognorachè risulti, che al tempo dell'avvenimento, onde è stato prodotto il delitto, o esistesse, o perdurasse l'ingiusta intenzione dell'agente. E pel caso, che la Camera assolutamente esigesse nel codice una precisa disposizione sul dolo generale, la commissione propose e decise una massa di esempj, che si potevano riferire a questa materia (5). Il rapporto è, per via della sua acuta analisi, un lavoro notevole, tuttochè non consideri molte modificazioni, che si possono immaginare, e che alterano essenzialmente la colpevolezza. La commissione pertanto propose un disteso, che doveva rimuovere la controversia (6). Grandi discussioni incomincia-

(4) Fasc. addizionale tomo XII. p. 870.

(5) V. Hufnagel Com. al cod. pen. di Württemberg p. 103—112 — Hepp Com. p. 460—466.

(6) Il disteso fu questo. « Quando uno si propone uno scopo « ingiusto, ma l'azione, che egli intraprende per giugnere immediatamente al medesimo, non ha l'effetto voluto, e quello scopo « è stato ottenuto per mezzo di un'altra azione od omissione, intrapresa dall'agente con lo sguardo rivolto a quell'azione princi-

rono nella seduta 113ª della Camera. Diversi membri proseguirono a dichiarare, che non facea d'uopo di alcuna disposizione, perchè le regole generali bastavano. **Hufnagel** notò specialmente, che la quistione del dolo generale era propriamente una quistione di prova, perchè tutto dipendea dal vedere, se in una data azione si presentava il dolo. Altri, per esempio **Waechter**, crederono, che si trattasse di una quistione appartenente alla teorica del diritto penale: ma egli confessò del resto, che l'idea del dolo generale veniva compresa molto diversamente dai giuristi, e fece un complimento al natural sentimento giuridico della camera. Ma diversi oratori ricorsero alla fluttuanza di opinioni dei tribunali di Würtemberg, ed alle storte decisioni di alcuni casi, pronunziate da magistrature straniere. Risultò dal dibattimento, che i membri stessi partivano da diversissime idee. Nella ballottazione 46 voti contro 34 dichiararono la necessità d'inserire una disposizione sul dolo generale. Si cominciò nella camera a distenderla. Alcuni membri, senza avervi meditato sopra, proposero dei distesi, che riuscirono incomprensibili a moltissimi. Tanto il Governo, quanto i membri, che avean proposto i distesi, sentirono, che il dolo generale potea considerarsi come speciale solamente allorquando anche nell'ultima azione, che produce effettivamente il successo, si mantenne eguale la disposizione delittuosa: il che si cercò di esprimere, dicendo, che l'agente anche nell'ultima azione *non avesse disapprovato il fatto*, che egli supponea consumato. Ma qui nasce una nuova controversia, per determinare, quando il proposito

« pale; il successo accaduto deve imputarglisi a dolo, tostochè ri-
« sulti, che l'agente, non solo al tempo di quell'azione, che dovea
« produrre il delitto, ma ancora di quell'azione, ond'è stato pro-
« dotto il successo, sia partito dall'intenzione diretta al medesimo,
« o non abbia disapprovato il fatto supposto consumato ».

originalmente malvagio possa considerarsi come non disapprovato. Quelle parole si possono intendere in modo, che si debba ammettere come disapprovazione soltanto quella, che si rende nota (7) per mezzo di un fatto esterno, o che la prova della perdurazione del cattivo proposito debba essere addotta contro l'incolpato. Dopo lunghe dispute venne ammesso un disteso, che nella compilazione finale fu poi modificato (8) in qualche parte dal Governo (9).

Nel progetto di codice penale pel Granducato di Baden non fu posto, in virtù delle ragioni accennate di sopra, articolo alcuno intorno al dolo generale: nè la commissione della seconda camera sarebbe mai devenuta ad accogliere una disposizione in proposito, se non avesse avuto davanti agli occhi l'esempio di Würltemberg. Il relatore (10) si riportò ai casi, che erano stati citati nella camera di Würltemberg, e cercò di mostrare, che, quando non s'inserisse alcuna disposizione su di ciò, o ne procederebbe una decisione ingiusta, o ne nascerebbero inutili controversie. La pluralità della commissione (l'autore della presente memoria, allora presidente della commissione, non si trovò presente a quella seduta) propose dunque un articolo addizionale (11). Quando il pro-

(7) Waechter intese le citate parole in questo senso. V. le discussioni della seduta 113 p. 43.

(8) L'art. 56 del cod. di Würltemberg dice adesso: « Se una « violazion del diritto non è stata commessa mediante un'azione od « omissione, immediatamente eseguita a produrla, ma per mezzo di « un'altra con la mira rivolta all'atto principale; essa deve imputarsi a dolo, quando l'agente anche nell' ultima azione è partito « dal proposito diretto a quella violazione del diritto, o non ha disapprovato il delitto, che supponeva consumato ».

(9) V. Hufnagel l. c. p. 107.

(10) Welker nel suo rapporto p. 67.

(11) Il disteso proposto per ultimo dalla commissione, ed am-

getto fu posto in discussione nella seconda camera, un commissario del Governo (Duttlinger) dichiarò, che la commissione governativa desiderava, che quell'articolo restasse fuori, e che quanto a lui deciderebbe il caso allegato, come un tentativo di omicidio premeditato. Alcuni membri si limitarono a poche riflessioni generali, e già si voleva subito passare alla ballottazione (verisimilmente perchè i membri non giuristi della camera non comprendevano l'importanza della controversia legale, e si affidavano alla loro commissione); quando l'autore di questo scritto manifestò il dispiacere di non aver potuto partecipare alla discussione, e stimolato da diverse voci della camera propose di lasciar fuori l'articolo. Egli s'ingegnò di mostrare, che in virtù del medesimo si cadrebbe in quella casistica, che si era cercato di evitare al possibile; che l'articolo era stato generato dal solo desio d'imitare il codice di Württemberg, il quale per altro non meritava approvazione nel suo disteso; e che condurrebbe a decisioni ingiuste, e contraddittorie allo spirito del progetto. Questa proposta fu principalmente contrariata da tre membri giuristi della camera (Welker, Zentner, e Sander), mentre venne sostenuta da un distinto membro della corte suprema di giustizia (Treffurt). Nella ballottazione 25 voti si dichiararono per l'opinione di Mittermaier, e 28 aderirono all'articolo addizionale.

Prima di porre in sodo il nostro convincimento, ci sia lecito, per avere maggior dovizia di materiali, di richia-

messo dalla camera dice così: « Se l'agente, rispetto all'esecuzione « dello stesso delitto, ha intrapreso più azioni, che immediatamente « si succedono l'una dietro l'altra; gli viene imputato a dolo il suc- « cesso punibile accaduto, preso di mira da lui, senza considerare « da quale di queste azioni fu prodotto ».

mar l'attenzione sopra un caso recentemente deciso da una corte di giustizia del regno di Prussia (12). Un certo Kleina, che viveva in relazione adulterina con la moglie di *Z*, giudice di villaggio, confessò di avere strangolato (indotto da lei, che gli avea promesso di sposarlo dopo la morte del marito) *Z*, mediante una funicella avvoltagli intorno al collo, e, credendo ch'ei fosse morto, di averlo poi trascinato nell'acqua, ad oggetto di far credere agli altri, che Z fosse l'autore della propria morte senza cooperazione di un terzo. Secondo il parere dei periti Z morì d'annegamento e non per causa di strangolamento. Nella discussion della causa fu fatto valere, che si doveva solamente ammettere un tentativo di omicidio premeditato, e che come consumato non si poteva considerare che il delitto di omicidio colposo (13). Le corti di giustizia per altro ritennero Kleina come reo di consumato omicidio premeditato, e lo condannarono a morte. Questa sentenza fu ancora confermata.

Or se noi raccogliamo il risultato delle cose addotte, e lo confrontiamo con le esigenze della giustizia, ci troviamo condotti a fare le seguenti considerazioni. 1) Nel linguaggio della scienza germanica non si trova alcun uso uniforme, per riconoscere il senso, in cui si dee prendere l'espressione *dolo generale*. Il maggior numero dei dottori la considera come equivalente a quella di *dolo indeterminato*, il quale consiste nell'intenzione diretta a più successi dell'azione. Alcuni adoprano quella espressione come equipollente di dolo alternativo (14): altri (15) la

(12) Mannkopf Annali per l'amministrazione della giustizia criminale negli Stati Prussiani tomo I. fasc. 2. p. 243.
(13) Mannkopf l. c. p. 313.
(14) Wäechter Elem. I. p. 126.
(15) Heffter Elem. p. 60.

distinguono dal dolo alternativo, in quanto l' agente nel dolo generale precedentemente approvò tutti gli effetti e tutte le conseguènze, senza esclusione di quelle, che ebbero luogo: altri (16) prendono la parola *dolo generale* o *indeterminato* come voce di genere, che abbraccia sotto di sè, come specie, il dolo alternativo e l'eventuale. Tanto è certo, che la scienza germanica è ignara del senso, in cui le corti di giustizia di Württemberg, e molti giuristi della camera del detto regno, ed alcuni di quella di Baden usarono l'espressione *dolo generale*.

2) Se una legislazione, per la retta decisione de'casi, che la camera di Württemberg e di Baden riferiva sotto questo punto, vuol prescrivere ai tribunali una disposizione legale; questa non si potrà mai distendere con tanta precisione, da denotare esattamente quei casi, in cui il successo del delitto è giustamente imputabile al dolo dell'agente. Anzi il disteso si adatterà ancora ad altri casi, in cui sarebbe un'ingiustizia applicare la disposizione, e i tribunali saranno indotti in errore.

3) Se si prende in esame la prescrizione del codice penale di Württemberg (art. 56), si vede che essa non si può liberare dal rimprovero di espressioni grandemente indeterminate. Quando la legge parla dell' azione, commessa con lo sguardo rivolto (Hinblick) all'atto principale, la volontà del legislatore non è così espressa precisamente; perchè la parola Hinblick è piuttosto figurata, che giuridica, e può significare *sguardo*, *riguardo*, *riflesso*, o *relazione*. Ma tutti questi vocaboli hanno molte significanze, e sotto di essi ognuno può figurarsi quello che vuole. Nè meno indeterminata è l' espressione: *quando l'agente anche nell'ultima azione sia partito dall'intenzione diretta alla violazion del diritto*. Ciò conviene tanto a colui,

(16) Bauer Trattati di dir. pen. p. 272.

che presuppone od ammette quell' intenzione come esistente, quanto a colui, che operò con quella stessa intenzione, che fu la originale. Del resto l'espressione non è giusta neppure secondo la particolar volontà del legislatore; perocchè, quando la fanciulla volle strangolare il proprio bambino, e lo soffocò, e più tardi, credendolo morto, lo getta nell'acqua; la delinquente non ha, nella seconda azione, l' intenzione di uccidere, ma solamente quella di allontanare il cadaverino. Non è conveniente neppur l'espressione: *quando egli non abbia disapprovato il delitto, supposto già consumato.* In fatti il senso di questo disteso è oscuro, perchè non si sa, se in ogni caso occorra di provare particolarmente, che l' agente anche nell'ultima azione approvò il suo delitto, e ciò che ha fatto sino ad allora per commetterlo: non si sa inoltre, se l'articolo sia applicabile, allorchè l'agente abbia disapprovato l' azione con parole, o se faccia d' uopo, che egli abbia intrapreso atti esterni di disapprovazione. Sembra di più, che, ognorachè si presenti una tal disapprovazione, il successo non debba imputarsi a dolo. Quando per esempio una fanciulla, che vuole uccidere il suo bambino, lo soffoca, e poscia ritornata sul luogo del fatto si pente dell'accaduto, amaramente si corruccia e versa lacrime, ma ciò non ostante getta il figlio, che suppone morto, nell'acqua, dove soltanto esso muore effettivamente, non si dovrebbe applicare l'art. 56. Anche il disteso della camera di Baden è imperfetto. Le parole: *rispetto all'esecuzione del medesimo delitto*, sono indeterminate ed equivoche. Si può intendere in fatti, che ciascuna delle azioni sia commessa con l' intenzione, che produce il successo, o, poichè il relatore non spiegò questo senso, che sia sufficiente, che l'azione fosse eseguita per qualche altro motivo, anche perchè il delitto era oramai, secondo l'opinion dell' agente, tanto inoltrato. Ciò dunque equivale

all' espressione **in Hinblich** usata dalla camera di Württemberg. Or si analizzi il caso seguente, che è realmente avvenuto. A voleva rubare in tempo di notte nella casa di B, e sperò di poter riuscire in questo suo divisamento appiccando il fuoco alla capanna di B, e profittando del trambusto, che così ecciterebbe. Alle ore undici della sera appiccò il fuoco: ma siccome credè, che i materiali combustibili non arriverebbero così presto ad incendere il tetto, si coricò per dormire. Alle dodici si svegliò, vide il tetto in fiamme, gridò aiuto, e rubò nella casa. Risultò dal processo, che i materiali combustibili, apposti da A non aveano bruciato, ma che un altro individuo, affatto ignorato da A, aveva del pari appiccato il fuoco alla casa di B, per rubare, e che l' incendio era stato cagionato da questo secondo agente. A fu allora dichiarato colpevole di furto consumato, e d'incendio tentato: ma, secondo il disteso del progetto di Baden, gli si dovrebbe imputare a dolo l' incendio consumato. Anche le parole: *azioni che si succedono immediatamente l'una dietro l'altra*, esprimono qualche cosa di diverso; perchè *immediatamente* indica azioni, che si succedono l'una dietro l'altra senza interruzione di luogo, nè di tempo. A tenore di ciò la fanciulla, che alle ore otto soffocò il suo bambino, poscia se ne andò da quel luogo, e mezz'ora più tardi vi ritornò, e, credendo che il fanciullo fosse morto, lo gettò nell' acqua, non sarebbe punita secondo quest'articolo, perchè le azioni non si successero immediatamente l' una dietro l'altra: mentre l' articolo si applicherebbe, se la soffocazione e il getto nell' acqua fossero fatti avvenuti l'un dietro l'altro senza interruzione. Ma dov' è qui una ragione per fare una differenza fra questi due casi?

4) I casi, che la camera di Württemberg e di Baden vuol porre sotto il suo respettivo articolo, sono di specie differentissima. — *A*, che vuole uccider *B*, lo percuote,

e credendolo morto, lo lascia in terra. In quel frattempo sopravviene *C*, il quale, vedendo *B* giacente, suppone che dorma, e lo percuote nel capo. Risulta dal processo, che *B* morì solamente per le ferite ricevute da *C*. Più tardi ritorna *A*, e sotterra *B* cui crede di avere ucciso. — Oppure *A*, vuole uccider *B* e lo ferisce: tenendolo per morto, lo trascina nell'acqua, per nascondere il fatto; e mentre seguita a trascinarlo, il fulmine colpisce mortalmente *B*, che ancora viveva — o discende giù dal monte una pietra, ed uccide *B*. *A* getta il cadavere nell'acqua. — Una fantesca aveva voluto uccidere subito dopo la nascita il suo figlio illegittimo, e gli aveva stretto il collo. Chiamata improvvisamente, abbandona il bambino nella camera, dove avea partorito. Dopo una mezz'ora rientra nella sua stanza: ma in quell'intervallo era stata presa da pentimento, e sperava di trovare ancor vivo il bambino. Se non che vedendolo immoto, lo tiene per morto, e per coprire la sua vergogna, getta il supposto cadaverino nell'acqua. Risulta, che il bambino non morì di strangolamento, ma soltanto nell'acqua. — Ora, se si tien dietro alle discussioni delle camere di Württemberg (17) e di Baden, nelle due prime fattispecie, nelle quali il successo fu prodotto da un terzo, o dal caso, senza saputa del primo agente, questi non sarà punito di consumato, ma di tentato omicidio: ma nell'ultima fattispecie si applicherà l'articolo per via del dolo generale, e la fanciulla (in Württemberg la sentenza dipenderà dal vedere, se possa provarsi la disapprovazione del fatto) sarà punita di consumato omicidio. Ma una conseguenza di que-

(17) Secondo l'art. 235 del cod. pen. di Württemberg la lesione è chiamata mortale anche quando avrebbe prodotto la morte, se questa non fosse stata cagionata più presto da un altro avvenimento. Nella commissione della camera di Baden queste parole non furono accolte.

sta fatta si può malamente dedurre; perocchè l'azione, in cui l'agente non volle il successo, può esser tanto poco imputata ad intenzione di uccidere, quanto l'azione del fulmine, o quella di un terzo, la quale sia stata indipendente dal primo agente. Questi avea solamente tentato l'omicidio, ma non aveva ucciso; perchè l'azione, che intraprese in seguito, non fu punibile per sè stessa. Egli volle gettare nell'acqua un morto; chè tale riputava colui, sul quale aveva percosso. Dunque la legge non lo può punire per via di un'azione, che egli non commise con criminoso proposito.

5) Le norme stabilite negli articoli del progetto di Württemberg e di Baden stanno ancora in contradizione col principio obiettivo, su cui riposa il diritto penale germanico. Solamente allorchè il successo fu in connessione causale con l'azione commessa per produrlo, esso è imputabile al dolo dell'agente. Ma se questi commise intenzionalmente un'azione, la quale non generò il successo, e poi n'eseguì un'altra, senza aver l'intenzione di effettuarlo; nella prima si presenta solamente un tentativo, e la seconda non è imputabile a dolo.

6) Che colui, il quale vuol commettere un omicidio, ed opera con questa intenzione, senza per altro produrre il successo, e poi, erroneamente credendo, che il successo abbia di già avuto luogo, eseguisce un'altra azione, nella quale manca la volontà di uccidere, possa punirsi solamente di omicidio tentato, è massima riconosciuta dagli antichi giuristi, e spesso difesa anche ne' tempi moderni, come corrispondente al diritto penale comune (18).

7) Al severo principio, difeso nella camera di Württemberg e di Baden, servono di fondamento diverse pre-

(18) Knapp Discussioni sul progetto di Würtemberg p. 63. 185. Zachariä del tentativo parte I. p. 282.

sunzioni legali. Imperocchè si presume, che quegli, il quale intraprende l'ultima azione, per impedire il discoprimento del delitto, che crede erroneamente di aver consumato, ed approva questa ideale consumazione, avrebbe intrapreso quell'azione medesima, ad effetto di produrre il successo del delitto pigliato di mira, ancorchè avesse tempestivamente riconosciuto il proprio errore. Dall'approvazion del delitto s'inferisce la perseveranza nell'intenzione di uccidere. Il codice di Württemberg offre almeno al giudice la possibilità di non applicare la disposizione, quando egli riconosca, che l'agente disapprovò il delitto, che supponea consumato: ma, secondo il progetto di Baden, bisogna imputare al dolo dell'agente il successo, ancorchè la prima azione, intenzionalmente intrapresa, non lo generasse, e la seconda, che lo produsse, fosse eseguita senza delittuosa volontà. Così vengono violentemente congiunte due azioni, e l'intenzione originale si riferisce ancora all'azione posteriore: ma non è cosa degna di lode, che la legge imponga al giudice il dovere di considerare in tal guisa l'atto successivo. Chi non sa, con quanta prudenza bisogna giudicare lo stato dell'animo di un'altra persona, e quanto è pericoloso il lasciarsi guidare da presunzioni generali dovunque il giudice può esser diretto solamente dall'esame della individualità dell'agente, e delle più minute circostanze concomitanti? Uno scritto periodico pubblicato di fresco (19) fornisce un caso notevole, che mostra, quanto di rado è chiaro all'agente medesimo il vero stato dell'animo suo. Una fanciulla, che non avea denunziato la sua illegittima gravidanza, fu improvvisamente sorpresa dai dolori del parto, e mise alla luce un bambino, che, secondo l'asserzione

(19) Mannkopf. Annali dell'amministrazione della giustizia criminale negli Stati Prussiani tomo I. fasc. 3. num. 13. p. 404.

di lei, non diede alcun segno di vita. Chiamata con premura dai padroni, abbandonò il figlio, e ritornò più tardi nella sua stanza per darsi cura di lui. Ma cadde in quella spossatezza, che suol succedere al parto, e quando si riebbe, si convinse sempre più, come disse, della morte del fanciullo, e lo nascose in una cassa, dopo essersi assicurata, secondo che dichiarò, che esso non viveva, e dopo avergli stretto al collo un legaccio di calza, che ella si sciolse dalla propria gamba. Fa di mestieri, che la corte di giustizia esamini accuratamente lo stato dell'animo dell' inquisito, tenendo conto del senso giuridico e del sentimento di umanità (20).

8) La norma (troppo universale a nostro parere) stabilita dalla camera di Württemberg e di Baden può essere giustamente applicata nel solo caso, in cui tanto la volontà, quanto l'attività, diretta a produrre il successo, faccia un insieme, e l'agente, col perseverante proposito di commettere il delitto, eseguisca anche l'ultima azione terminatrice con l'intenzione, che, quando gli atti finora intrapresi non bastassero ad effettuare il successo, il delitto venga portato al suo compimento da quest'ultimo atto. Ancorchè il delinquente possa essere stato indotto a quest'ultimo atto dalla veduta concomitante di occultare il suo fatto, e di allontanare da sè il sospetto; la vera e propria intenzione è pur sempre diretta ancora alla consumazion del delitto. In un tale stato di volontà si ritrovò Kleina nel caso giuridico riferito di sopra. Sebbene questo delinquente credesse, che il giudice, che egli aveva colpito, fosse morto; pure, analizzando esattamente le sue deposizioni, si viene a riconoscere, che riteneva come possibile, che vivesse ancora, e per ucciderlo pienamente e sicuramente, ed insieme per nascondere il

(20) l. c. p. 418.

fatto, trascinò il supposto cadavere nell'acqua. Nello stesso modo noi giudicheremmo il caso (di cui si parlò nelle camere) dello scrivano, che dopo di avere più volte dato del martello sul capo del giusdicente, a cui vuol toglier la vita, lo appicca per far credere, ch' ei si sia ucciso da sè (21). L'agente avea riputato sufficienti quei colpi: ma per esser sicuro, e consumare in qualunque caso il delitto, appiccò il giusdicente. Anche qui ritroviamo una pluralità di atti, che nel perseverante proposito di uccidere, e connessi senza interruzione fra loro, sono diretti a raggiugnere il medesimo scopo.

Rilasci il legislatore, come ha fatto sinora, alla retta misura de' tribunali il giudizio dei singoli casi, che si dee profferire dietro la giusta valutazione delle più minute circostanze concomitanti! Si guardi nel codice dalla casistica, e da quegli artificiosi distesi, fatti a vite, nei quali la semplice intelligenza dei cittadini non raccoglie il senso della legge, e la misura giudiciale si trova inceppata senza bisogno!

---

(21) Annali di Klein tomo XVI. num. 4.

II.

DELL' IMPUTAZIONE DEI PAZZI NEL LUCIDO INTERVALLO (DISSERTAZIONE DI *FRIEDREICH*, ESTRATTA DAL TOMO XIV, FASC. 2. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE.)

Poichè si danno con qualche frequenza delle malattie psicologiche, le quali hanno quei lucidi intervalli, in cui niuna innormalità di spirito si scorge nel malato, è nata l'occasione di ricercare, *se l'azione illegale, commessa da un pazzo in un lucido intervallo, sia imputabile, o no.* Per quanto a chi si contenta di una superficiale osservazione sembri potersi agevolmente rispondere, che il malato, ritrovandosi nel lucido intervallo al pieno possesso della propria ragione, sia responsabile delle azioni in quel tempo commesse; pur noi ci troviamo da una più profonda investigazione condotti ad un risultato contrario. Anzi tutto dobbiamo qui fissar qualche cosa di più preciso intorno all' essenza dei lucidi intervalli, ed alle loro diverse relazioni con la malattia; perchè da ciò sorgerà di per sè stessa la replica alla proposta quistione.

1) La pazzia è continua o alternativa (1): ed il malato dell'ultima soffre di un'alienazione mentale periodica la quale si manifesta per mezzo di una catena di più accessi. Una durevole disposizione a simili parossismi è propriamente ciò, che si appella pazzia periodica: e

(1) Hoffbauer Investigaz. psicolog. sopra la pazzia, Halle 1807. p. 278.

quegli spazj di tempo, in cui il malato è libero da tali accessi, sono i lucidi intervalli. Ma qui non bisogna confondere la remissione con l' intermissione della pazzia. L' idea d' intermissione del processo morboso suppone, che quei fenomeni, i quali essenzialmente contraddistinguono la malattia, cessino affatto per qualche tempo di mostrarsi sensibilmente, mentre nella remissione proseguono, tuttochè in un grado molto minore; onde risulta di leggieri, che nella sola pazzia intermittente può esser parola di lucidi intervalli. Fra questi dunque non si possono contare le pause momentanee negli accessi del furore, che opera ad urti, come la tempesta; nè le ottuse ore intermedie, nelle quali il furioso, come l'irato nella sua collera, è psicologicamente trattenuto da circostanze esterne; nè gl' instanti, ne' quali al malato, posseduto da una fissa supposizione, viene a mancar l'occasione di slanciarvisi (2). Anche Hoffbauer (3) ha giustamente osservato, che dal vedere un pazzo, che non giudichi, nè operi pazzamente, non lice dedurre un lucido intervallo; perocchè, per ammetter questo, bisognerebbe che l'infelice non solamente avesse dimenticato il suo errore, ma ancora lo ritrattasse, riconoscendolo veramente per un errore. Di qui si scorge, quanto sieno difficili le condizioni, per ammettere l' esistenza di un lucido intervallo: le quali vengono anche rincarate da Reil (4), dove dice, « che negl'intervalli più puri resta sempre una declinazione dall' armonia delle po« tenze spirituali, necessaria a constituire l' unità della « ragione, e che la connessione dell'organismo con l'in-

(2) Reil Raps. p. 440.

(3) La psicologia nella sua applicazione all' amministrazione della giustizia p. 109.

(4) l. c. p. 443.

« dividalità, e la chiara coscienza della personalità ri-
« tornano lentissimamente nell' animo sconvolto ». Si potrebbe dunque dal finqui detto dedurre la regola, che bisogna far uso di un'estrema cautela nel giudicare della presenza di un lucido intervallo; avvegnachè questo, della natura corrispondente all' espressione adoperata a significarlo, sia un fenomeno di rarità straordinaria. A ciò si aggiugne, che i singoli parossismi sogliono il più delle volte finire a poco a poco, ed a poco a poco ricominciare; per modo che il lucido intervallo fra queste lunghe transizioni non può riuscire che breve, e malagevolissimo a determinarsi esternamente. Si noti di più, che lo stato di alienazione si avvicenda spesso così rapidamente coi lucidi intervalli, che non a torto può dirsi, che quell' uomo deliri con la ragione (5). Difficilissimo è dunque il profferire in sì fatta materia un sano giudizio; facilissimo l'ingannarsi!

2) Ancorchè si voglia ammettere l' esistenza d' un intervallo intieramente lucido; questo per altro, ad effetto di ventilar la ricerca medico-legale dell' imputazione, debb'essere investigato più rigorosamente ed esattamente di quello che si fa nell' esame puramente patologico, o nosologico.

A) È stato detto di sopra, che secondo Hoffbauer la pazzia periodica, la quale si manifesta mediante una catena di parossismi, consiste propriamente in una perseverante disposizione ai medesimi. Ora questa parola *disposizione* è il punto, su cui si aggira tutta quanta la disputa, e che dee qui considerarsi sotto un aspetto affatto diverso da quello della vita comune: Il che si verrà meglio dichiarando, se io prenderò qui ad esaminare,

(5) V. Langermann *de methodo cognoscendi, curandique animi morbos* Jen. 1797. p. 37.

o piuttosto a confutare alcune affermazioni di **B o e h r**, unico scrittore, che per quanto io mi so, abbia consecrato una trattazione particolare alla dottrina dell'imputazione nei lucidi intervalli (6). Il passo relativo al nostro argumento è il seguente: « La pazzia periodica è propriamente la disposizione agli accessi d' alienazione « mentale, ed i tempi, in cui i malati vanno liberi da « sì fatti accessi, sono i lucidi intervalli. Ma per parlare « più esattamente bisognerebbe dire, che è affetto di paz- « zia periodica colui, che in alcuni tempi è pazzo, in « altri no; perocchè altrimenti la disposizione alla pazzia « si potrebbe confondere con la pazzia medesima. L'e- « sperienza insegna, che il maggior numero degli uomini « è disposto alla peste; avvegnachè allo svilupparsi « d'un'epidemia pochi sien quelli, che ne rimangano ri- « sparmiati; ma non per questo tutti gli uomini hanno « la peste. Nel medesimo modo non può esser chiamato « pazzo quegli, che abbia in sè la semplice disposizione « alla pazzia, quando in lui non si presentino i fenomeni « proprj di essa. Chi soffre di febbre intermittente, ha « forse la febbre in tempo di apiressia? No certamente. « Egli ne ha la disposizione anche nel tempo libero da « febbre: ma di questa è acceso solamente quando « se ne manifestano nella sua persona i fenomeni » (7). Qui B o e h r palesemente scambia la disposizione generale ad ammalare, innanzi lo sviluppo effettivo di un processo morboso, con la particolare disposizione, che una malattia, di già realmente generata nell'organismo, possiede a produrre certi parossismi; mentre fra l'una e l'altra intercede una differenza essenziale. In qualun-

(6) V. l'archivio d'esperienza medica di Horn, Nasse, ed Henke, maggio e giugno 1848. p. 429—470.

(7) p. 449.

que uomo sano si ritrova, più o meno, una disposizione alla pazzia: ma niuno dirà, che una simil disposizione e la pazzia sieno una medesima cosa; perchè veramente appariscono affatto separate fra loro. Ma nel caso, in cui un individuo già patisca realmente di pazzia periodica, concorre in lui in pari tempo con la pazzia la particolare disposizione al ritorno dei singoli parossismi, la quale non può considerarsi separata da esso, perchè appunto il comparire e lo sparire dei parossismi appartiene all'essenza di queste malattie periodiche. Nè fa al caso l'esempio addotto da Boehr, che il maggior numero degli uomini è disposto alla peste, e non per questo tutti gli uomini, al comparir d'un contagio, il contraggono. Se la peste fosse una malattia periodica, non cadrebbe in mente ad alcuno di voler affermare, che fosse libero dalla peste colui, che nel momento attuale non soggiace a parossismi. Anche più singolare è la quistione, con la quale Boehr domanda, se chi patisce di febbre intermittente abbia la febbre in tempo d'apiressia: alla quale ricerca si potrebbe con pari assurdità contrapporre la domanda, con cui si chiedesse, se colui, che patisce di febbre intermittente abbia alcuna febbre intermittente in tempo d'apiressia. Egli per certo patisce continuamente di febbre intermittente, ed anche in tempo di apiressia; perchè altrimenti non sarebbe luogo a parlare di apiressia, nè di ritorno di parossismo. Oltre a questi si danno anche degli altri processi morbosi, dei quali niuno può negar l'esistenza, ancorchè non si rendano per qualche tempo sensibili. Forse quel bambino non soffre più di vermini, o quell'uomo non soffre più di pietra, perchè nel momento attuale non si presentano sensibilmente i fenomeni dell'interno processo morboso, di già stabilmente formato? Boehr è dunque in errore, quando crede, che, parlandosi di pazzia periodica, sia meglio dire,

che la persona, della quale si tratta, è pazza in certi tempi, e non in altri, avvegnachè altrimenti la disposizione alla pazzia si potrebbe confondere con la pazzia medesima. Che questa confusione non sia possibile, quando si distingua esattamente il significato della parola *disposizione*, è stato accennato di sopra: e dall'essenza di queste malattie periodiche risulta, che il pazzo, anche nel tempo de'suoi lucidi momenti, soffre di pazzia latitante. Per la stessa ragione Boehr va errato, allorchè nega la presenza della pazzia nel lucido intervallo, perchè nel pazzo non appariscono i fenomeni dell'alienazione mentale. Prescindendo dall'osservare, che il non apparire di alcuna innormalità psicologica in certi momenti è una proprietà delle forme periodiche di pazzia, non si danno forse nell'organismo altri accidenti spettanti all'essenza della malattia, che quelli, che sono sensibilmente riconoscibili? Nel lucido intervallo è dunque improvvisamente sparita tutta in una volta quella innormalità corporea, che sempre determina la pazzia (8)? Tutto l'abito esterno, che constituisce il carattere generale della pazzia, e delle particolari sue forme, si è dunque intieramente dissipato? L'occhio del medico esercitato potrà distinguere molto bene dal lucido intervallo la sanità della mente, o la piena guarigione di essa. Sebbene nel lucido intervallo il malato non faccia, nè dica nulla d'irrazionale; sebbene egli si avveda dell'innormalità della sua vita psicologica; pure i tratti del volto, lo sguardo, ed altri segnali faranno fede al sottile osservatore, che la tempesta di quell'animo è momentaneamente scemata, ma non affatto cessata. A tenore di tutto ciò si potrebbe stabilire la

(8) Faccio notare, che io professo con pieno convincimento la dottrina dell'origine corporea delle malattie mentali, della quale ho addotto sufficienti prove nella mia diagnostica generale dei morbi dello spirito, 2.ª ediz. p. 327 e seg.

seguente proposizione: *Il lucido intervallo è quel momento della pazzia, nel quale rimangono ascosi i fenomeni dell'alienazione mentale, tuttavia perseverante.*,

B) Un'altra quistione, che si connette con la precedente, è quella, con cui si ricerca, in qual condizione si trovi la libertà di volere del pazzo, durante il suo lucido intervallo. Se noi consideriamo in genere la dipendenza della nostra vita psicologica terrestre dalla corporea, ossia dalle condizioni organiche, se ne può desumere in generale una risposta sodisfaciente. Un'intiera libertà di volere, ossia, ciò che è lo stesso, la facoltà di potersi psicologicamente determinare in ogni rispetto senza impedimenti, può aver luogo soltanto in una organizzazione, che sia del tutto normale anche corporalmente, od in cui l'armonia fra lo spirito e il corpo non sia menomamente turbata. Di che ci fornisce prove sufficienti la vita quotidiana. E siccome noi in ogni forma di malattia psicologica ritroviamo qualche innormalità corporea, che la determina; così possiamo decisamente ammettere, che non si dia malattia corporea, nella quale non si presenti più o meno turbata l'anima, e con essa la facoltà di determinarsi, cioè il libero arbitrio. Su di che ci hanno fornito documenti e prove bastanti i lavori d'Ihring (9), di Philips (10), di Bücheler (11), di Hartung (12), di Raumann (13), di Bird (14), e di altri. Poichè dunque,

(9) Dell'azione scamblevole fra l'anima e il corpo, Lipsia 1817, p. 282. Dell'influenza delle malattie corporee sull'anima.

(10) *Diss. de animi affectionibus in pectoris morbis, praeter vesaniam,* Bonn 1830.

(11) *Diss. de animi affectionibus in abdominis morbis, praeter vesaniam,* Bonn 1830.

(12) *Diss. de cognoscendis corporis affectionibus,* Bonn 1827.

(13) Elem. di semiot. generale, Berlino 1826, p. 338. Dei sintomi psicologici, che dipendono da stati morbosi dell'animo.

(14) Della morale disposizione dell'uomo in diverse malattie, nel giornale di Nasse 1826, fasc. 4., p. 259.

siccome fu dimostrato, la pazzia ha sempre la sua radice in qualche morbo corporeo, e perdura anche ne' lucidi intervalli insieme con la sua condizione fisica; non si potrà neppure in questi parlare di quella libertà di volere, che si richiede in un uomo sano di corpo e di mente. Se non che con questa prova generale non si sodisfa bastantemente alla quistione, e bisogna inoltre rispondere ad una obiezione, che si potrebbe fare con Boehr. « Se « l' imputabilità di un' azione (dice il citato scrittore (15)) « riposa sopra il possesso della ragione, e non trova luo- « go nel solo caso, in cui taluno l' abbia temporaria- « mente o perpetuamente perduta senza sua colpa; egli « è certo, che nei momenti, in cui una tal perdita ven- « ga a cessare, e nei quali perciò sparisca il motivo sop- « primente l' imputazione, le operazioni d' un agente sì « fatto saranno imputabili. Ora negl' intervalli veramente « lucidi non possiede l' uomo la sua libertà di volere, e « non riconosce la moralità delle proprie azioni? Forse « egli è trasportato involontariamente e senza sua colpa « dal delirio ad azioni illegali? Chi lo affermasse, sovver- « tirebbe l' idea de' lucidi intervalli ». Io asserisco all'incontro, che noi dobbiamo considerare da un lato negativo, e non dal lato positivo, lo stato psicologico del pazzo nel lucido intervallo in proposito della sua libertà di volere. Nel lucido intervallo manca solamente quello stato di volontà, che è collegato col parossismo della pazzia: ma da ciò non conseguita, che all' agente venga positivamente restituita quella libertà di volere, che possedea nella condizion di salute. A me sembra, che qui si possa ammettere un' analogia fra le malattie corporali e le psicologiche. Come le ultime sono collegate col difetto di libertà spirituale, così le prime con uno stato somatico.

(15) l. c. p. 450. 451.

All'organo ammalato manca la libertà somatica, corrispondente all' armonia dell' organizzazione, cioè la facultà di agire senza impedimenti. Nelle malattie periodiche del corpo, esempigrazia in una febbre intermittente, anche in tempo di apiressia si presenta uno stato negativo del sistema nervoso, rispetto a quello stato, che è dominato dal processo morboso: si presenta semplicemente una negazione momentanea della condizione, che genera il parossismo febbrile, senza che il sistema nervoso abbia riacquistato la sua libertà, e senza che siasi positivamante ristabilita l' armonia della salute. Ora il furioso nel suo lucido intervallo è veramente libero da quell'alto grado di servitù di volere, la quale si manifesta in lui ne' parossismi del suo furore: ma non per questo ha riacquistato quella normale facultà di volere, che lo assicuri dal soggiacere incontanente a tutti gl' impulsi, che per occasione interna, od esterna, potranno in lui svilupparsi, e dei quali sarebbe padrone nello stato di normalità psicologica. Se questo fosse, si dovrebbe considerare come guarito, nè sarebbe più luogo a parlare di lucidi intervalli. E qui ci torna in acconcio la disposizione menzionata di sopra: la quale non è solamente fondata nel ritorno dei parossismi, ma ancora e principalmente nella circostanza, che nel lucido intervallo lo stato psicologico è tale, che un'occasione, che in altro tempo sarebbe trapassata senza lasciar vestigio di sè, eccita allora ad azioni violente, e contrarie alla legge. Il furioso può nel lucido intervallo rimanere irritato da un tratto insignificante, che nello stato di sanità psicologica non sarebbe stato giudicato offensivo: egli viene agevolmente incitato ad un'azione illegale, esempigrazia ad uccidere l' offensore, appunto perchè non ha ricuperato la potenza normale della sua volontà, nè questa soggiace compiutamente al dominio della ragione. Ed in un simile stato,

quand' anche si voglia continuare a chiamarlo col nome di lucido intervallo, si dovrebbe parlare di libertà spirituale, e di responsabilità? Chi potrebbe inoltre qui determinare con precisione, se l'atto sia veramente accaduto nel lucido intervallo, o se sia stato prodotto da un parossismo prematuramente provocato da eccitamenti interni, od esterni, dei quali, come si è detto, il furioso è mirabilmente suscettivo anche nei momenti di apparente tranquillità? Finalmente vuolsi qui considerare, che fra la ragione, ossia fra la capacità psicologica di riconoscere la moralità di un'azione, e fra la libertà di volere, bisogna fare una gran differenza; avvegnachè possa esistere l'una di queste facoltà spirituali, e mancare l'altra, e l'una possa esser normale, innormale l'altra. Può il malato nei suoi lucidi momenti giudicare razionalmente, riconoscere la moralità dell'azioni, e ciò non ostante non essere nel pieno possesso della libertà di volere, e conseguentemente mancare d' imputabilità. L'esperienza, se la interroghiamo, ci confermerà questo ammaestramento. Il sentimento del diritto e del torto non è sempre spento nei pazzi. Essi sovente si vergognano, se vengon sorpresi in un atto indecente, e cercano di nascondersi. In una parola riconoscono la moralità dell' azioni: e nulladimeno non possiedono la libertà di volere, appunto perchè sono psicologicamente ammalati. La qual cosa ha tante prove in suo favore, che Heinroth considera la mancanza di libertà, cioè l'incapacità di determinarsi, come il carattere generale di tutte le malattie della mente. Se noi osserviamo, egli dice, tutti gli ammalati di spirito, scorgiamo visibilmente nel difetto di libertà il contrassegno caratteristico delle loro malattie. Così il melanconico non si può esempigrazia distaccare dalla sua profonda concentrazione in sè stesso, nè il frenetico dalle sue idee fisse, nè il furibondo dalle feroci sue brame, nè il delirante

dalle imagini del suo mondo di sogni: e l'imbecille dimostra questo difetto di determinazione in ogni rispetto psicologico (16). Altri individui ammalati di spirito riconoscono ottimamente l'ingiusta indole delle loro propensioni, ne giudicano con ogni ragionevolezza, e confessano piangendo di non essere in grado di resistere alla forza dei morbosi loro stimoli interni. « Qual motivo potrei avere, diceva un pazzo a Pinel, di uccidere il direttore del nostro spedale, che ci tratta con tanta umanità? Eppure io mi sento incitato a piombargli addosso, ed a ficcargli un coltello nel petto ». Enrico Giulio di Bourbon, figlio del gran Condè, credeva di essere stato convertito in un cane, e perciò abbaiava come un cane. Un giorno che fu sorpreso dal suo accesso nella camera del Re, si accostò pian piano ad una finestra, cavò fuori il capo, raffrenò la voce, e semplicemente si compose in atto di un cane latrante (17). Il malato conobbe in tal caso l'indecenza del suo contegno davanti al Re, ma non ebbe quella forza di volere, che era necessaria a resistere intieramente allo stimolo d'abbaiare. Abbiamo pur degli esempi di pazzi, che hanno commesso un'azione illecita con proposito di commetterla, sapendo di esser pazzi, e confidando nell'indulgenza della legge pel loro stato. Così una pazza dello stabilimento di New-York gittò in terra una fantesca, e le strinse la gola, dicendo: « chi mi trattiene dall'ucciderti, giacchè io sono demente, e niuno mi può punire (18) »? Or questi esempj, che io potrei facilmente aumentare, non sono sufficienti a provare, che la capacità di riconoscere la moralità di un'azio-

(16) Danz Dottrina dei segni, pubblicata da Heinroth p. 293.
(17) Reil Rapsod. p. 441.
(18) Sismond Viaggio per la Gran Bretagna negli anni 1810 e 1811. Conf. anche le *ricreazioni* del 21 febbrajo 1818.

ne non è sempre congiunta con la libertà di volere? Il pazzo dunque non può considerarsi responsabile di un'azione commessa nel lucido intervallo, nè possessore della libertà di volere, solo perchè ha la facultà di ravvisare l'ingiustizia del fatto.

Concluderò col notare, che quanto ho stabilito finora intorno all'imputazione vuolsi applicare ancora alla pazzia periodica, che è qualche cosa di simile alla febbre intermittente larvata.

III.

SOPRA LO STATO PRESENTE DELLA DOTTRINA DEL DELITTO TENTATO (DISSERTAZIONE DI *HEPP* ESTRATTA DAL TOMO XVII. FASC. 1. E 2. DELL' ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE, ANNO 1836.)

La partizione delle violazioni della legge in consumate e tentate è tutta propria del diritto penale; avvegnachè il diritto civile, ognorachè riconosce, in conseguenza di lesioni, una pretensione al risarcimento, od alla pena privata, od all'una ed all'altra cosa insieme, presupponga un danneggiamento materiale, e non si prenda pensiero dell'intenzione, quando l'atto non ebbe successo. Da ciò discende, che nei *delicta privata*, giudicati appresso i Romani secondo i principj del diritto civile, cioè nel *furtum*, nella *rapina*, nel *damnum injuria datum*, e nell' *injuria*, non potea darsi conato punibile; perchè la sola offesa pienamente avvenuta dava motivo ad una pretensione e ad una querela (1). Questo ci dicono espressamente le leggi romane. Quindi non si presenta un conato possibile di *furtum*, nè d' *interversio* (specie di furto), a tenore della L. 21. §. 7. D. *de furtis*, e della L. 67. D. *eod.* conf. con la L. 1. §. 1. e 2. D. *eod.* e con la L. 3. §. 18. D. *de adquir. vel. om. possess.* Così secondo la L. 1. §. 2. D. *quod. quisque juris* non si dà conato punibile d'ingiuria in senso lato: secondo la L. 27. §. 17. D. *ad L. Aquil.* non si dà conato punibile di *damnum in-*

(1) Cropp de praec. jur. rom. circa puniend. con. delinq. p. 69.

juria datum: e secondo la L. 15. §. 10. D. *de injuriis* non si dà conato punibile d'ingiuria in senso stretto. Per altro l'ultimo passo parla solamente di *convicia*, cioè d'ingiurie verbali: e la ragione, per cui le ingiurie di questa specie non ammettono conato punibile, si dee ricercare in un principio più alto di quello, in virtù del quale questo reato, per le idee giuridiche de'Romani, appartiene al numero dei *delicta privata*. (2). Imperocchè altrimenti uno si troverebbe costretto ad ammettere per eccezione un conato punibile nelle ingiurie verbali pubbliche, le quali sono suscettive di una inquisizione officiale: mentre neppure in queste si applica l'idea del tentativo, come sarà dimostrato più sotto (§. 5.).

Prima di tutto importa fissare l'estensione del *conatus delinquendi*, sulla quale, anche fra i moderni, sono molto divise le opinioni.

§. 1.

Per natura della cosa, la partizione dei delitti in consumati e tentati si riferisce

I. non solo ai delitti di commissione, ma ancora ad una certa specie di delitti di omissione (3). La penalità di una omissione presuppone l'obbligo di un atto positivo, e per diritto comune ha sempre luogo per sola eccezione. In alcuni casi (come nell'alto tradimento, nella rottura della pace pubblica, nei delitti di moneta, e nella bestemmia) il diritto comune impone in fatti a tutti i sudditi il dovere d'impedire il delitto futuro, e di denunziare quello commesso. In altri all'opposto la penalità contempla solamente una certa classe di sudditi, che ven-

(2) Weber delle ingiurie par. I. p. 58.

(3) Jenull Dir. crim. austr. par. I. p. 198.

gono obbligati ad un'attività positiva, in virtù di relazioni particolari, o personali, o convenzionali. Sembra, che in sì fatti casi le leggi, declinando dal principio generale del diritto romano » *cogitationis poenam nemo patitur, o nec consilium habuisse noceat, nisi et factum sequutum sit,* puniscano un atto interno senza l'esterno, o in altre parole la semplice risoluzione di non fare qualche cosa. Imperocchè nei delitti di omissione la risoluzione punibile, cioè la nolontà di far ciò, a cui uno è legalmente obbligato, sembra concorrere con lo stesso non fare per modo, che l'una cosa non si possa immaginar separata dall'altra. Or, se questa maniera di vedere fosse la giusta, i delitti di omissione escluderebbero la possibilità dell'idea e della penalità di un conato. In essi in fatti le preparazioni dovrebbero consistere nella risoluzione di non far qualche atto, e nel medesimo non fare, che concorre con essa; onde non si potrebbero, a tenore de' principj giuridici, colpire di pena. E si danno realmente alcune specie di omissioni punibili, in cui non è escogitabile il tentativo. Sono di questa specie le denunzie, indebitamente omesse, di un delitto accaduto, e il non impedimento di un delitto imminente; perocchè quivi il dovere di un'attività positiva è imposto a'sudditi dentro un certo tempo, determinato dalla legge e dalla natura di alcune relazioni, e così la semplice risoluzione illegale, fintantochè riman possibile uniformarsi dentro il debito tempo a quell'obbligo, non può giustificare alcuna penalità. Di qui risulta ancora, che manca di fondamento la presupposizione, della quale or ora parlammo: che cioè sia punibile la semplice risoluzione, e che essa concorra in tal guisa col non fare medesimo, che l'una cosa non possa immaginarsi separata dall'altra. Imperocchè non già la risoluzione, come tale, ma bensì l'esecuzione di essa, cioè il realmente non fare in conseguenza della formata

risoluzione, e perciò l'atto interno e l'esterno, constituisce la penalità dei delitti di omissione; ond'è applicabile pienamente ad essi pure la massima del diritto romano: *nec consilium habuisse noceat, nisi et factum sequutum sit*. Quindi si vede, che quei delitti di omissione, i quali richiedono per loro natura diversi tralasciamenti per esser consumati, e nei quali perciò fra il proposito illegale di non far qualche cosa, e l'adempimento del medesimo, stanno di mezzo dei momenti di tempo e degli atti, che si debbono considerare come continuazioni del criminoso disegno, ammettono certamente un conato punibile: e ciò accade appunto in quelle omissioni, la cui penalità dipende da una special relazione personale. Quando esempigrazia una madre illegittima ha incominciato a porre in opera la risoluzione di torre la vita al fanciullo appena nato, privandolo di ogni nutrimento, o non legandogli il tralcio ombelicale; o quando un padre legittimo, o una madre legittima hanno principiato a sottrarre ogni cibo al loro bambino bisognoso d'aiuto, per farlo così morire di fame, ed il corso della loro delittuosa inattività viene interrotto in tempo; tutti gl'istanti di un conato punibile d'omicidio premeditato si presentano allora per mezzo di omissioni. In egual modo si può immaginare commesso dai genitori a danno de'proprj figli un conato punibile di lenocinio qualificato. Si potrà in somma stabilire il principio generale, che quei delitti, i quali si commettono tanto per via di commissioni, che di omissioni, ammettono sotto amendue i rispetti la possibilità di un conato: mentre all' opposto que' delitti, che si eseguiscono solamente con omissioni, come per esempio la tralasciata denunzia di un delitto imminente, non ammettono, per le addotte ragioni, alcuna sorta di conato punibile.

§. 2.

La partizione dei delitti in consumati e tentati si riferisce

II. non solo alle **dolose**, ma ancora alle **colpose violazioni** della legge penale (*); sebbene la maggior parte de' moderni giuristi pensino che sia una contradizione il parlare di un conato colposo (*culpa adtentata*), perchè in ogni tentativo esiste l'attuazione di un'intenzione, e questa manca nelle trasgressioni prodotte da trascuratezza (4). Se non che questa contradizione è solamente apparente. È in fatti fuor di ogni disputa, che niun delitto si può consumare senza che sia stato anteriormente incominciato, e che il conato consiste appunto nell' incominciamento di un delitto, e può in un modo negativo chiamarsi un delitto non consumato. Or, se si dà, come non se ne può dubitare, un consumato delitto colposo, si dovrà pur dare un delitto colposo non consumato (incominciato, tentato): e tanto più, in quanto che ogni delitto consumato inchiude necessariamente il tentato, ossia, per dirlo in altre parole, il delitto tentato forma un elemento integrante del consumato. Anche secondo l'uso comune di favellare non si sa comprendere, perchè il delitto non consumato debba avere per condizione il dolo, mentre con egual diritto si potrebbe affermare, che ancora l'idea della consumazione abbia per suo ca-

(*) Il ragionamento, che fa l'autore in questo §., sembra più ingegnoso, che vero: ma le conseguenze pratiche, dedotte da esso, dispensano da qualunque confutazione. N. d. T.

(4) **Mittermaier** nel nuovo arch. di dir. crim. t. I. p. 167, 182. t. X. p. 542 — **Kleinschrod** Sviluppo ec. par. I. §. 36. — **Oersted** nuova contribuzione all' oggetto della legislazion penale p. 120 — **Rosshirt** Sviluppo ec. p. 330 e seg.

rattere il dolo, con che si verrebbero a cancellare tutte quante le trasgressioni colpose (5).

Concordando in questo principio anche il Romagnosi (6) descrive il conato come *una esecuzione incompleta di un delitto*, e dice con molta verità (7): *necessariamente l'attentato deve intervenire in ogni delitto consumato, che ricerchi una successione precedente di atti fisici per esser condotto a fine, o, per dirlo in altri termini, perciò appunto che molti atti fisici esterni hanno dovuto concorrere nell'effettuare un delitto, deve esservi stato necessariamente un tempo, in cui l'esecuzione era soltanto incominciata, protratta, e vicina al suo termine.* Con egual precisione il Romagnosi presenta il carattere del consumato delitto, quando osserva (8): *allora l'attentato si confonde talmente col delitto intero e perfezionato, che va ad inchiudersi ed a formare con esso lui un unico e solido concetto. Egli è realmente una parte integrante del delitto, o, dirò meglio, dell'esecuzion del delitto; nè si potrebbe, quando il delitto è consumato, distinguerlo da lui, se non mercè di una astrazione simile a quella, che distingue un angolo e due linee dal triangolo intero, del quale esse due linee fanno talmente parte, che senza esse non si potrebbe formare l'idea del triangolo stesso.*

Che il delitto tentato non sia altro che un delitto incominciato e non consumato; che, siccome ogni azione umana in generale, così ogni delitto non possa esser consumato, se prima non ebbe cominciamento; e che perciò ogni delitto necessariamente inchiuda il tentativo; sono principj così evidenti ed irrepugnabili, che, se fossero

(5) V. i miei saggi criminali tratt. 10. sopra il delitto consumato e tentato p. 259. e seg.

(6) Genesi del dir. di pun. §. 667.

(7) ivi §. 674.

(8) ivi §. 665.

stati debitamente compresi e valutati, avrebbero premunito da molti equivoci nella dottrina del conato. Tra questi equivoci non si può certamente contare l'aver negato la possibilità di una *culpa adtentata*, perchè il tentativo delittuoso è straniero al diritto comune, in cui le azioni, che appartengono a questo capo, vengono giudicate dietro principj diversi da quelli del *conatus delinquendi*. Ciò non ostante nel rispetto scientifico; e forse ancora nel legislativo, non è indifferente il cercare, se l'idea del delitto tentato (incominciato, non consumato) sia così essenzialmente e necessariamente determinata dal carattere del dolo, che l'ammettere un tentativo colposo fosse quella manifesta *contradictio in adjecto*, che si asserisce dai più. Al che, in virtù delle premesse, bisogna rispondere di no: e le ragioni, addotte dagli avversarj, si dileguano, sol che uno non si lasci indurre in errore dall'uso comune di favellare. Imperocchè a tenore di questo le idee di delitto tentato, incominciato e non consumato, sono per una parte affatto equivalenti: e d'altra parte il ricorrere ai tentativi chimici, fisici, o di altra specie consimile, non è argomento dimostrativo; perchè in sì fatti concetti non si presenta alcun contrapposto fra il tentativo e la consumazione, mentre nella nostra tesi tutto dipende di qui. Laonde, in vece di prendere a guida l'uso comune di favellare, si tenga dietro alla natura e all'essenza di un delitto compiuto, che non può esser tale, se non è stato incominciato, ed all'idea di delitto tentato, la quale solleva l'ostacolo, si sostituisca quella equivalente di delitto incominciato, o non consumato, e sparirà la contradizione, che si trova nel conato colposo di un delitto. E l'esperienza, come risulterà dalle seguenti comparazioni, mostra, che si può presentare esempigrazia un omicidio non consumato (tentato) *doloso*, del pari che *colposo*. Se *A* con lo schioppo carico tira a *B* per ucci-

derlo, ma questi con un salto fortunato si sottrae al colpo in maniera, che la palla percuote nel muro, niuno dubiterà, che in questo caso non si debba ammettere un tentativo di omicidio doloso (premeditato, o precipitato). Or si ponga all'incontro, che *A* con uno schioppo carico, che egli suppone scarico, scherzi contro di *B*, minacciando di tirargli, e prendendogli la mira al cuore, e che stringa per modo, che lo avrebbe infallibilmente ucciso, se l'impaurito *B* non avesse fatto in tempo un salto, per cui la palla andò a percuotere fortunatamente nel muro. Or noi domandiamo, se qui non si presentano tutte le condizioni di un tentativo d'omicidio colposo, o, in altre parole, d'un omicidio colposo non consumato per caso, come nella fattispecie anteriore s'incontrano quelle d'un tentativo di omicidio doloso? Ed in che, prescindendo dal *dolus* e dalla *culpa*, si dovrebbe far consistere la differenza fra l'uno e l'altro caso, e fondar la contradizione, che si asserisce in una *culpa adtentata*? S'immagini ancora quest'altro caso. *A* con una candela accesa, o con una pipa scoperta, entra in un magazzino di legname. Cade una scintilla sopra oggetti facilmente accendibili, i quali, senza che *A* se ne accorga, incominciano a bruciare: ma, prima che le fiamme si sollevino, *B* scopre il pericolo, e sopprime felicemente l'incendio. Non si presentano anche qui le condizioni di un tentativo colposo d'incendio? Questo incendio, che è rimasto casualmente incompiuto, si sarebbe potuto mai consumare, se non fosse stato incominciato? In questa parte Grolman (9) e Stübel (10) hanno certamente ragione, quando affermano la possibilità di un tentativo colposo punibile.

Se non che la questione è diversa, quando si cerca,

(9) Scienza del dir. crim. §§. 49. 147.
(10) Sistema di dir. pen. par. 2. §. 289.

se esistano giusti motivi di sottoporre il tentativo colposo ad una pena criminale propriamente detta, come si fa del doloso. Sì fatta quistione potrebbe esser dubbiosa in que' casi, in cui la *culpa* (cioè la così detta negligenza immediata) confina col *dolus*, e sembra doversi giudicare con gli stessi principj. Il diritto comune non punisce i delitti colposi che per eccezione, e solamente allorchè ebbero un successo dannoso, cosicchè sieno da considerarsi per consumati secondo le massime, che governano le trasgressioni dolose. Ciò risulta dalle disposizioni legali, che contemplano l'omicidio colposo, l' incendio colposo, e la lesione corporale colposa nella L. 36. §. 1. D. *de rei vind.*, L. 1. §. 3. L. 3. §. 2. L. 7. D. *ad L. Corn. de sic.* L. 31. D. *ad L. Aquil.*, cap. 12. X. *de homicidio*, e negli articoli 134. e 146. della Carolina, e qui fa capo in particolar modo l' art. 178 della stessa constituzione, il quale per la punibilità del conato esige la cattiva volontà, cioè il dolo (11). Ma legislativamente ancora non si può dimostrar la necessità di una punizion criminale della *culpa adtentata*; avvegnachè il potere della polizia sia sufficiente a prevenire le azioni, che ad essa appartengono, ed in tutti gli Stati bene ordinati le leggi di polizia minaccino effettivamente di pena gli atti, onde si può temere un danno, anche senza riguardare al successo. Fintantochè dunque le azioni di questa specie non producono alcuna vera lesione (cioè un danneggiamento), appartengono alla provincia delle semplici trasgressioni di polizia, ed assumono un carattere criminale solamente quando hanno (come accade nell'incendio, nell'omicidio, e nella lesione corporale) un ingiusto successo, comminato di pena pubblica. Ma allora si richiede, che il legislatore, per esser

(11) Konopak nell' antico arch. di dir. crim. t. IV. p. 40. e seg.

conseguente, tolga dal codice penale, ed inserisca in quello di polizia, la semplice occultazione della gravidanza e del parto per parte di una madre illegittima: reato, che da molti dottori è considerato come conato colposo d'infanticidio (12), e la cui penalità dipende solamente da motivi politici, come quello, in cui si prende assolutamente di mira la prevenzione degl'infanticidj colposi, e che quindi appartiene ai *delicta juris civilis* (13).

In senso legislativo conviene di questi principj anche il Rossi (14), in quanto richiede per la punibilità della colpa *un mal materiel*, ovvero *un mal resultant d'un acte de negligence, qui retombe sur la societé ou sur les individus d'une manière sensible*: con che viene ad escludere pienamente la *culpa adtentata* dal territorio del diritto penale.

§. 3.

La partizione dei delitti in consumati e tentati si rifinisce inoltre

III. non solo all' autore del delitto, ma ancora agli ausiliatori ed ai fautori di esso. Per vero dire Feuerbach (15), Martin (16), Bode (17), ed altri scrittori ne disconvengono: ma per motivi chiaramente insufficienti. Imperocchè l' affermare, che il tentativo di un'azione possa, secondo la sua idea, riferirsi soltanto al fatto dell'autore, è un'asserzione, la quale, giusta l' uso

(12) Grolman l. c. conf. con Mittermaier nel nuovo arch. di dir. crim. t. X. p. 580 e seg.

(13) Hitzig giorn. t. VII. p. 93. e seg.

(14) Traité de droit pénal t. II. p. 22.

(15) Revis. del dir. pen. par. 2. p. 247.

(16) Elem. §. 82.

(17) Nel giorn. di Hitzig t. VIII. p. 61.

comune di favellare, manca di qualunque base: ed è parimente erroneo l'inferire, che, quando le premure ausiliari del *socius* constituissero un *conatus delinquendi*, il soccorso per sè medesimo sarebbe un *delictum consummatum*, tantochè l'azione del *socius* si verrebbe a confondere con quella dell'autore. Imperocchè, se non si dovesse senza contradizione far differenza fra la tentata e consumata attività dell'autore da un lato, ed il tentato e consumato soccorso dall'altro, come si potrebbe dichiarar colpevole di un *conatus delinquendi*, rispetto all'atto di aiuto, quell'ausiliatore, che si adopera a sostenere un delitto altrui, occupandosi esempigrazia di distendere scritti sediziosi o riottosi, di fabbricar picconi, grimaldelli, od altri simili arnesi, e viene interrotto nel corso della prestazione della sua delittuosa assistenza? E perchè, in contrapposto di un tal conato d'aiuto, non si dovrebbe parlare d'un aiuto consumato, allorchè l'attività dell'ausiliatore ebbe il successo pigliato di mira, cioè servì positivamente ad agevolare il delitto altrui, senza bisogno di ricercare, che il soccorso compiuto si tramuti (18) in un delitto consumato dell'autore? Quindi a buona ragione da Mittermaier (19), da Rosshirt (20), e dall'art. 82. del codice penale bavaro, è stata riconosciuta la distinzione fra il soccorso consumato e tentato (dietro l'analogia della consumazione e del tentativo del delitto), e si è avuto riguardo al diverso grado della sua penalità, secondochè fu compiuto, o meramente intrapreso. Veramente Feuerbach (21) ha piantato in questo proposito un'altra partizione, cioè quella dell'aiuto prossimo e

(18) V. i miei saggi p. 265 e seg.

(19) Nuovo Arch. di dir. crim. t. I. p. 179.

(20) Elem. §. 81.

(21) Elem. §. 51. Revis. p. 265. Conf. col giorn. di Hitzig t. II. p. 115. 120. 123. e seg.

remoto: ma con tutto ciò il distinguerlo in consumato e tentato non è cosa menomamente superflua. La partizione in fatti di Feuerbach, secondo il senso delle parole usate, si riferisce sempre al soccorso compiuto.

Quello che si dice degli ausiliatori (*socii*) dee dirsi del pari de' favoreggiatori (*fautores*): i quali, secondochè furono loro mal grado interrotti nell'opera loro, o altresì la eseguirono pienamente, si rendono colpevoli di tentato, o di consumato favoreggiamento.

E queste distinzioni non sono importanti solamente per la dottrina, ma ancora per la pratica. Imperocchè quando la dottrina, e il legislatore con essa, non riconoscono, od espressamente rigettano la distinzione fra soccorso consumato e tentato (si dica lo stesso del favoreggiamento); non rimane al giudice altra scelta, che quella di applicare il *minimum* della pena legale, che contempla l'aiuto e il favoreggiamento compiuto, anche ai semplici sforzi di prestare l'uno o l'altro, o di dichiarare affatto impunito l'ausiliatore e il fautore, perchè l'effettivo soccorrere ed agevolare, di cui fanno parola le leggi, è diverso dalla semplice volontà di soccorrere e di agevolare. Ma l'uno e l'altro partito ripugna per altro ai generali principj del dritto, non meno che all'analogia del tentativo delittuoso dell'autore. Mentre la dottrina e il legislatore non si possono dispensare da questa distinzione, appena occorre notare, che per la penalità del soccorso e del favoreggiamento tentato è sempre necessaria un'azione esterna, la quale dimostri la ingiusta intenzione dell'agente.

§. 4.

La partizion dei delitti in consumati e tentati si riferisce di più

IV. non solo all' autor fisico del fatto, ma ancora all'autore psicologico (morale, intellettuale). Or siccome autore psicologico del fatto, od instigatore, si chiama colui, che scientemente ed intenzionalmente ha determinato la volontà di un'altra persona (cioè del successivo agente fisico) a commettere una certa azione delittuosa; così dovrebbe ammettersi un conato punibile d' instigazione, ognorachè il seduttore abbia procurato di determinare la volontà di un'altra persona ad eseguire un dato delitto, e non sia riuscito a determinarvela (22). Ma che in tal modo non rimanga tirata con la necessaria precisione la linea di confino fra l' instigazione consumata e tentata, è oggidì riconosciuto quasi generalmente. E la debolezza di questa teorica apparisce chiarissima, quando si prendono a decidere queste due capitali controversie, cioè: 1) se, e quanto l'instigatore si possa punire, allorquando avanti l'esecuzione del delitto ritrattò seriamente l'ordine, il mandato, il consiglio ec., e ciò non ostante il delitto fu commesso: e 2) viceversa quando l'instigato liberamente desistè dall' esecuzion del delitto. In questi due casi si dovrà ammettere un' instigazione consumata, o meramente tentata? E quando sia meramente tentata, qual grado di tentativo dovremo riconoscervi? Intorno a sì fatte quistioni sono tuttora divise le opinioni de' criminalisti.

Nel primo caso si ammette comunemente un semplice conato d' instigazione, e si afferma, che l' instigatore, secondo i principj che governano la desistenza volontaria del fisico autore nel tentativo, non si possa punire nemmeno di quello. Ma contro sì fatta teorica furon già sollevati gravissimi dubbj da Feuerbach (23). Primiera-

(22) Mittermaier nel nuovo arch. di dir. crim. t. I. p. 178.
(23) Critica del progetto di Kleinschrod par. II. p. 144.

mente in fatti qui non si può asserire, che esista quella *res integra*, che si richiede per la impunità del fisico autore, e così per analogia anche per quella dell'autore psicologico. Poscia Feuerbach osserva, che l'instigatore, per mezzo della propria attività, ha eccitato la volontà o le disposizioni altrui, e fatto nascere il delitto in una guisa colpevole, talchè il fatto commesso gli può essere, non ostante la sua ritratta, almeno imputato a colpa. In sostegno di questa opinione si può segnatamente ricorrere a dire, che in certe circostanze anche il fisico autore, ad onta della sua volontaria desistenza, e della impunità procuratasi con essa, può soggiacere per altro alla pena di un delitto colposo: come avvenne, a ragion d'esempio, di quel delinquente, che fu punito d'incendio colposo, perchè spense così incautamente i materiali, a cui aveva applicato il fuoco, che il bruciamento, non più voluto, ebbe luogo (24). Non si dovrebbe analogamente affermare il medesimo anche dell'instigazione?

Se non che fa di mestieri osservare all'incontro, che, secondo il diritto comune almeno, non si dà colposa instigazione punibile (25), e che la possibilità di punire per via di colpa il fisico autore, che volontariamente desiste dal delitto, dipende dall'esistenza di una legge particolare, che minacci di pena anche il delitto, che non fu pigliato di mira, il che accade solamente per eccezione (§. 2.). Or se si parte dal naturale principio, che la consumazion dell'instigazione non richiede altro che la determinazione della volontà altrui a commettere una certa azione delittuosa; se si osserva, che, quando la volontaria ritratta dell'instigatore rimase infruttuosa, non esiste più la *res integra*, onde le massime della vo-

(24) Nuovo arch. di dir. crim. t. VI. p. 62.

(25) Neppure le legislazioni moderne riconoscono la punibilità della medesima. Conf. i motivi del progetto di Würtemberg p. 49.

lontaria desistenza del fisico autore non gli si possono analogamente applicare; e se finalmente si considera, che l'instigatore non può essere più dolcemente giudicato secondo le regole della colpa, perchè non è riconosciuta alcuna punibile attività dell'autore intellettuale pel capo dell'inavvertenza; si potrebbe tirare la conseguenza, che l'instigatore, per via dell'instigazione da lui consumata, dovesse soggiacere all'intiera pena legale. Se le premesse, dalle quali deriva questa conclusione, abbiano, o no, ferma base, non lo indagheremo ancora, ed accenneremo semplicemente, che l'art. 71. del nuovo progetto di Würtemberg ha preso una via di mezzo fra l'impunità dell'instigatore, sostenuta da molti giuristi, e la piena punibilità del medesimo, sottoponendo in questo caso l'instigatore alla pena del tentativo non terminato (*conatus proximus*), e dichiarandolo affatto esente da pena, quando egli distornò effettivamente il delitto instigato, o tempestivamente lo denunziò all'autorità competente, perchè solamente in questi casi abbiamo la *res integra*. Ma, se questa media teorica sia fondata sopra un'idea precisa della consumazione e del tentativo dell'instigazione, è una ricerca da ventilarsi dopo che avremo esaminato la seconda quistione proposta di sopra: vale a dire se, e quanto sia da punirsi l'instigatore, quando l'instigato si ritrasse liberamente dall'esecuzion del delitto, a cui era stato determinato. La decisione di questa disputa condurrà a riconoscere esattamente ciò che appartiene alla consumazione ed al tentativo dell'instigazione; perocchè le conseguenze esorbitanti, che discendono da un principio, rendon sospetto il principio medesimo, e guidano sempre più sicuramente al ritrovamento del vero.

Molti giuristi negano ancora in questo caso la punibilità dell'instigatore, perchè sarebbe un controsenso il parlare dell'autore intellettuale d'un delitto, che non

fosse avvenuto: e questa è pure l'idea del diritto penale francese (26). Ma in questo hanno torto; perchè 1) l'asserta contradizione è solamente apparente. Se in fatti all' espressione di *autore intellettuale* si sostituisce quella equivalente d' *instigatore*, non è più contradittorio il parlare di un'instigazione all'omicidio, o ad un altro delitto, ancorchè la illecita azione non avvenga, o in virtù del libero impulso dell' instigato, o contro sua volontà. In fatti, come osserva giustamente Oersted (27), l'azione, per cui è da punirsi l'autore intellettuale, non è l'esecuzion del delitto, la quale si punisce piuttosto nel fisico autore, ma bensì l'instigazione, per la quale nient'altro si richiede che la determinazione dell' altrui volontà all'esecuzione di un fatto delittuoso. 2) Oltracciò la teorica, alla quale ci opponiamo, prova troppo, e conseguentemente non prova nulla. Imperocchè a tenore di essa bisognerebbe dichiarare impune l'instigatore non solamente nel caso di volontaria, ma ancora di costretta desistenza del fisico autore instigato; avvegnachè neppure in questo caso il delitto venga realmente compiuto. E da ciò deriverebbe la esorbitante conseguenza, che, mentre l'instigato soggiacerebbe alla pena del conato, l' instigatore, che di lui si servì come d'uno stromento, andrebbe impunito. Finalmente 3) si dovrebbe pur convenire della possibilità in generale di un conato punibile d'instigazione; perchè colui, che ha fatto uso di tutti i mezzi di seduzione, che erano in suo potere, ad effetto di determinare la volontà di un altro ad un atto delittuoso, e non vi è riuscito, si è reso incontrastabilmente colpevole di un conato punibile d'instigazione, ancorchè il delitto

(26) Legraverend Traité de la legislation crim. en France 1816. t. I. p. 97.

(27) Nuova contribuzione p. 119. e seg.

pigliato di mira non sia stato commesso (28). Imperocchè l'instigazione, l'aiuto, e il favoreggiamento hanno questo di comune fra loro, che possiedono un'essenza di fatto per sè stante, cioè indipendente dalla consumazione del fisico autore, in quanto che la loro idea e la loro penalità non esige l'esistenza di tutti i caratteri del fisico autore, nè la consumazione del delitto medesimo, tantochè esempigrazia anche in un omicidio frustrato (*delictum perfectum homicidii*), od in un altro delitto meramente intrapreso (*conatus proximus*, o *remotus*), gl' instigatori, gli ausiliatori, ed i fautori sono punibili insieme col fisico autore (29).

Se si prendono a contemplare insiéme riunite le ragioni sviluppate sinora, si vede, che esse servono non solamente a confutare evidentemente l'affermata impunità dell' instigatore nel caso, in cui l'instigato desistè volontariamente dal delitto, a cui si era lasciato determinare, ma fanno ancora conchiudere, che l' instigatore dee soggiacere all' intiera pena della legge. Che altro in fatti si potrebbe richiedere a dichiarar consumata l'instigazione, se non che la effettiva determinazione della volontà altrui a commettere un reato, quando in questo punto si trova compiuta l'attività dell'instigatore, e quando ogni assistenza prestata all'esecuzione delittuosa convertirebbe lui medesimo in ausiliatore, od in fisico coautore? Tuttavolta nemmeno questa teorica merita approvazione. Imperocchè per quanto possa esser grande la punibilità d'un instigatore, ripugna per altro a tutte le massime giuridiche, desunte dalla misura penale obiettiva, il sottoporre alla pena capitale l'instigatore d'un omicidio, quando l' insti-

(28) Mittermaier nel nuovo arch. di dir. crim. t. I. p. 178

(29) Rosshirt Sviluppo p. 64. V. anche il suo giornale t. IV. fasc. 3. p. 297. — Motivi del progetto di Württemberg p. 54.

gato si è volontariamente ritratto dall'esecuzione di questo delitto. Vediamo dunque, se la pratica germanica seguiti una giusta norma, riconoscendo una teorica, che tiene il mezzo fra l'impunità e la intiera punibilità dell'instigatore, cioè sottoponendolo alla pena del conato compiuto (*delictum perfectum*) d'instigazione (30). Questo principio è appoggiato effettivamente alle più forti ragioni. In fatti 1) l'analogia del tentativo compiuto, ossia del delitto frustrato del fisico autore, è pienamente applicabile allo scopo fallito dell'instigatore, in quanto che questi ha fatto per parte sua tutto quello, che si richiedeva a produrre il delitto, e non ostante, in sequela della posteriore desistenza volontaria dell'instigato, non ha conseguito il suo fine. 2) Il punto di vista obiettivo della penalità, il quale predomina nel diritto criminale germanico, e per cui il principio « *in maleficiis voluntas spectatur non exitus* » non si può applicare nè all'autore intellettuale, nè al fisico, e finalmente 3) la disposizione delle leggi romane e germaniche, le quali vogliono egualmente punito l'autore intellettuale ed il fisico, presuppone, che il delitto instigato sia stato realmente compiuto, cioè non solamente intrapreso, ma ancora consumato. Così esempigrazia l'art. 107 della Carolina dispone della pena dello spergiuro perfezionato (l'art. 108 contempla il semplice tentativo), ed aggiugne: « *Tum et is, qui eiusmodi periuros* « *sciens volensque dolo et fraude instruit, similem poenam* « *luat* », cioè la medesima pena, che colpisce il fisico autore del già commesso spergiuro. Parimente la L. 15. pr. D. *ad L. Corn. de sic.* dice: « *Nihil interest occidat quis,* « *an mortis causam praebeat* », cioè soggiace a pena eguale, e chi uccide, e chi fa uccidere per mezzo di un altro.

(30) Hitzig Giorn. t. X. p. 283. — Bauer Osservaz. sul prog. di Annover par. I. p. 477. conf. con Mittermaier l. c. p. 478.

A tenore di questa teorica, la quale, in virtù delle due ragioni in primo luogo esposte, è commendevole anche in senso legislativo, si richiede per la consumazion dell' instigazione la contemporanea esistenza di queste due condizioni: che cioè 1) l'instigatore abbia realmente determinato la volontà di un altro a commettere un delitto, e che 2) in sequela di questa instigazione il delitto instigato sia stato realmente consumato. Se manca la prima, vale a dire se l'instigatore non ha determinato l'instigato; o se esiste la prima e non la seconda, vale a dire se l'instigato ha volontariamente rinunziato al delitto, o ha dovuto desistere dalla consumazione di esso, in guisa che non è stato oltrepassato il tentativo del fatto criminoso; si potrà sempre ammettere un conato d'instigazione. Imperocchè una volta che la consumazione dell' instigazione si lega con la effettiva consumazione del delitto instigato; per esser conseguenti bisogna ammettere un tentativo d'instigazione, ognorachè l'attività del fisico autore instigato non giunse che fino al conato. A tenore di ciò (seguitando l' analogia del *delictum perfectum* considerato nel fisico autore) si dovrebbe condannare l'instigatore alla pena del *delictum perfectum*, quando l' instigato o volontariamente si ritrasse *re integra* dalla commission del delitto, o rimase entro i confini di un semplice conato. Imperocchè in amendue i casi lo scopo dell' instigatore è fallito, e si può ad essi applicare con piena analogia l'idea del delitto frustrato del fisico autore. Allorquando all' opposto l' instigatore ha fatto uso per parte sua di tutti i mezzi di seduzione per determinare l'altrui volontà ad un delitto, ma non è riuscito nel suo divisamento, si presenta in vero anche in tal caso un conato punibile d' instigazione, ma in un grado molto inferiore di penalità; perchè delle due condizioni, che si richiedono a dichiarar consumata l'instigazione, non se ne pre-

senta qui neppur una: ed il decidere allora, se il seduttore debba soggiacere alla pena del conato prossimo, o del remoto, dipende dalla qualità e dalla quantità della sua attività criminosa.

Cerchiamo adesso, qual influenza eserciti la volontaria ritratta dell'instigatore sopra la sua punibilità, quando l'instigato consumò non ostante il delitto. Se qui pure si giudica l'instigatore, o l'autore intellettuale, secondo l'analogia del fisico autore, sembra a prima vista, che si debba dichiarare impunito; avvegnachè avanti la piena esecuzion del delitto, e così *re integra*, cioè in un tempo, in cui era punibile solamente di tentativo, abbia volontariamente e seriamente ritrattato il mandato, il consiglio, o il comando delittuoso. Ma questa analoga applicazion dell'art. 178 della Carolina si può malagevolmente ammettere; perchè per l'impunità del fisico autore, che volontariamente desista, si esige, che la sua ingiusta attività sia rimasta senza successo di sorta. La qual presupposizione qui non si adatta all'instigatore, perchè il delitto, che egli instigò, e che poi ritrattò senza frutto, fu realmente eseguito: e questo eseguimento è da incolpargli si, in quanto che egli non potè riparare al male, di cui fu cagione. Laonde non si potrebbe parlare d'impunità dell'instigatore, che quando egli distornò effettivamente la commission del delitto, o tempestivamente denunziò all'autorità il criminoso progetto, perchè solamente allora si presenta, rispetto a lui, la *res integra*. In caso diverso egli è punibile: ma se di consumata, o di tentata instigazione, potrebbe esser dubbio. Dove in fatti si parta dalla teorica, superiormente riconosciuta per giusta, a tenor della quale la consumazion dell'instigazione richiede la riunita esistenza della effettiva instigazione medesima, e della piena esecuzione del delitto instigato, onde la punibilità dell'autore intellettuale vien determi-

nata dal grado di quella del fisico autore; fa di mestieri, per esser conseguenti, dichiarare in tal caso l'instigatore come colpevole di consumata instigazione, e quindi sottoporlo all' intiera pena legale. Ma quando si riflette all' opposto, che secondo i generali principj giuridici la punibilità dell' instigatore viene grandemente abbassata dal pentimento effettivo, dimostrato da lui avanti la piena esecuzion del delitto, e così mentre l' instigazione non usciva ancora dai limiti di semplice tentativo, si vede, che l'intiera pena legale non è applicabile, e che perciò si può solamente disputare, se questo autore intellettuale debba soggiacere alla pena del *delictum perfectum*, od a quella d'un conato remoto. A sostegno della prima opinione si potrebbe dire, che la commission del delitto ebbe la sua radice in una colpa sì grave dell'instigatore, che il pentimento dimostrato da lui non giunse a sopprimere le conseguenze nocive della medesima. Ma se d'altra parte si osserva, che secondo le cose ragionate di sopra, l'instigatore incorre nella pena del *delictum perfectum* quando senza sua cooperazione desistè l'instigato dalla commission del delitto, apparisce facilmente, che sarebbe manifesta ingiustizia il sottoporlo alla medesima pena anche quando egli, tuttochè senza frutto, ha procurato di distornare le conseguenze pregiudiziali della sua instigazione, e rimane così giustificato in questo rispetto il disposto nel nuovo progetto di codice penale di Württemberg.

Tutti questi teoremi, relativi alla consumazione e al conato dell'instigazione, ed alla loro penalità, sempre secondo il grado di quella del fisico autore, declinano essenzialmente dai corollarj, che a tenore delle osservazioni già fatte si potrebbero dedurre dall'idea dell'instigazione, alla quale si attiene anche Oersted: ma la considerazione dovuta al diritto materiale, vale a dire ad una giusta misura penale, che discenda dalla connessione del modulo

obicttivo e subiettivo, vince quella contradizione meramente esteriore e formale. Sarebbe dato per altro di camminare con maggior sicurezza, se si abbandonasse la via finqui seguitata dell'analoga applicazion delle regole, che riguardano il fisico autore, e si giudicasse l'instigazione secondo principj per sè stanti; perocchè il presupporre, che l'instigatore debba in tutti i casi riputarsi punibile alla pari del fisico autore, manca intieramente di base. Ma lo sviluppo di queste idee lo riserbo a più opportuna occasione.

§. 5.

La partizione dei delitti in consumati e tentati si riferisce finalmente

V. ai delitti di commissione di ogni specie, in quanto sieno comminati di una pena pubblica (§. 1.), e non escludano per motivi particolari la possibilità di un conato. Su questa regola si è generalmente d'accordo: ma sull'estensione delle sue eccezioni, e sul principio, che le determina, le opinioni proseguono a mantenersi molto divise. Il che, parte dipende da uno scambio intorno all'essenza del conato, parte da una massima erronea rispetto alla consumazione di certe azioni delittuose, parte finalmente dalla controversia tuttora perseverante sulla punibilità del così detto conato remoto. Qui noi dobbiamo partire dal principio piantato nel §. 2., che niun delitto può esser consumato, se prima non fu incominciato, e che perciò ogni delitto consumato inchiude in sè stesso il tentato, o, per usar la espressione del Romagnosi, lo assorbe. Benchè non sia d'alcuna importanza il distinguere nel consumato delitto i gradi del criminoso intraprendimento, che formano un elemento integrante di esso, avvegnachè il conato non possa nella consumazione

particolarmente punirsi; nel caso per altro d'interruzione dell' attività delittuosa, cioè dal primo passo fino all'ultimo, onde vien consumato il delitto, si presentano diversi gradi di conato, e tanto più decisi, quanto sono maggiori e più moltiplici i mezzi, che si richiedono per arrivare all'ingiusta meta.

1) Queste riflessioni confutano di per sè l'opinione frequentemente ripetuta, che non possa darsi conato di alto tradimento, sempreché alla consumazione di questo delitto non si esigano dei caratteri, che la rendano assolutamente impossibile: il che per altro e sarebbe contradittorio all'idea dell' alto tradimento, e produrrebbe una vera petizion di principio. Siccome io ho già sviluppato in altro luogo la mia maniera di vedere su di questa materia (31), e l'ho trovata profondamente e chiaramente spiegata in un parere del collegio decidente dell' università d' Heidelberg dell' anno 1834; così posso rinviare a sì fatti lavori, e risparmiarmi qualunque più estesa illustrazione, tanto più che tutte le moderne legislazioni nell'alto tradimento, e nel tradimento del paese, distinguono la consumazione dal conato, non solo per l'idea, ma ancora per la penalità. Noterò bensì, che quei codici e progetti di codici, che in generale dichiarano esenti da pena gli atti preparatorj di un delitto, sono costretti ad ammettere per eccezione un conato remoto punibile nell'alto tradimento (§. 6).

2) È anche più specioso l'affermare, che tutti i delitti commessi nell'affetto, esempigrazia l'omicidio precipitato, del pari che quelle azioni punibili, che si eseguiscono rapidamente, e senza particolari preparazioni, come l'esposizion degl' infanti, debbano escluder l' idea, e la penalità di un conato. Questa teorica, stabilita da Mit-

(31) Contribuzioni al delitto di alto tradimento tratt. I.

termaier (32), ha trovato dei difensori rispetto all'omicidio precipitato, cioè risoluto ed eseguito nell'impeto, in Pratobevera (33), in Egger (34), in Jarcke (35), ed in Pellegrino Rossi (36). Dietro questa dottrina il così detto tentativo terminato (*delictum perfectum*) di omicidio precipitato, in cui l'agente non raggiunse che imperfettamente il suo fine, dee punirsi piuttosto come lesione corporale consumata: laddove all'incontro nel così detto conato onninamente frustrato di omicidio precipitato (come se la pistola di *A* non prese), nel così detto conato prossimo dello stesso delitto (come se *A* con la pistola carica, e col cane alzato, sta di rimpetto a *B*, e viene impedito dal portare più oltre la sua criminosa attività), e finalmente nel conato remoto del suddetto reato (come se *A* ha già tirato fuori il coltello, per avventarsi contro *B*) non dee potersi immaginare tentativo punibile, nè di omicidio precipitato, nè di lesione corporale. Nella medesima guisa anche l'esposizion degl'infanti, comechè sia un'azione, che si commette senza particolari preparazioni, dovrebbe escludere la possibilità di un tentativo punibile; perocchè, come osserva Mittermaier, fino all'ultimo momento della effettiva esposizion del fanciullo la risoluzion della madre è incerta, e tanto meno si può parlare di punibili preparazioni di esporre, in quanto che il recarsi al luogo della esposizione può anch'essere ad oggetto di passeggiare. Se non che tali ragioni non sono vittoriose: ed a buon diritto perciò Martin (37),

(32) Nuovo arch. di dir. crim. t. IV. p. 47. t. X. p. 542.

(33) Materiali per la pratica legale negli Stati Austriaci t. VI. p. 358.

(34) Dell'omicidio premeditato e precipitato, Vienna 1816 §. 18.

(35) Instituz. parte III. p. 247.

(36) Traité de droit pénal II. 31.

(37) Elem. §. 122. nota. 1. §. 138. nota 2.

Tittmann (38), Bauer (39) Heffter (40), ed altri, si sono dichiarati contro questa teorica, riconoscendo così nell'omicidio precipitato, come nella esposizion degl'infanti, ed in simili delitti, un conato punibile. A favore di questa opinione mi sono manifestato anch'io in un altro luogo (41), dove ho specialmente confermato l'acuta teorica del Romagnosi intorno al delitto tentato. Se in fatti si prendono primieramente in esame le ragioni, per cui si niega un conato punibile nei delitti rapidamente commessi, senza particolare apparecchio, e che confinano con quelli, che si eseguiscono nell'affetto; si scopre di leggieri, che esse non sono dimostrative, perchè provano troppo, e che dipendono del non volere ammettere in generale un conato remoto punibile (§. 8). Imperocchè quando è dimostrato (e questa è la condizione della punibilità del conato in genere), che la madre fu impedita suo mal grado di eseguire l'esposizione, che si era proposta, non si può trattare, giuridicamente parlando, nè di risoluzione incerta, nè di semplice passeggiata. Altrimenti si dovrebbe negare in generale la punibilità del conato; perocchè fino all'ultimo passo, che conduce alla consumazion del delitto preso di mira, è sempre possibile che l'agente abbia potuto titubare. Ma quando le semplici possibilità bastassero ad impedire l'esercizio del diritto di punire, si arriverebbe quasi al punto di abolire la giustizia criminale. Queste ragioni potrebbero riputarsi sufficienti a confutare la sopraddetta teorica: contro la quale per altro parlano con forza anche maggiore quegli argumenti, che provano la possibi-

(38) Instituz. par. II. p. 34.
(39) Elem. §. 67. nota a. §. 169. nota b. 2.ª ediz.
(40) Elem. §. 241. §. 272.
(41) V. i miei saggi tratt. 10. p. 291—297.

lità di un conato anche nei delitti commessi nell'affetto. Per combattere una tale possibilità, segnatamente nell'omicidio precipitato, si possono in vero addurre dei motivi di qualche peso: ma la seguente disamina mostrerà, che sono solamente apparenti.

A decidere questa gravissima controversia fa di mestieri in primo luogo cercare, se l' affetto escluda *l'animus occidendi*, o se escluda in genere il dolo, di cui *l'animus occidendi* non è, che una particolar direzione, o qualità. Sembra, che Mittermaier (42) affermi la seconda cosa. Dietro l' opinione di lui lo stato psicologico dell' agente nell' impeto confina più con la colpa, che col dolo: ed anche più determinatamente ha detto Feuerbach, che nell'omicidio precipitato non si può ammettere propriamente che una inavvertenza, in quanto che la punibilità del medesimo consiste nel difetto di resistenza agli affetti. Or siccome non si dà in genere una *culpa adtentata* (§. 2,), così nei delitti commessi nell'affetto, come trasgressioni meramente colpose, dee negarsi la possibilità d'un conato punibile, esempigrazia d'omicidio precipitato, ognorachè l' ingiusta aggressione sia rimasta senza successo. Ma Feuerbach asserisce manifestamente troppo, vale a dire nulla. Imperocchè tutti quanti i delitti commessi nella passione si potrebbero così con diritto riporre nella categoria delle trasgressioni colpose, avvegnachè la loro punibilità ancora consista nel difetto di resistenza alle passioni : e così verrebbe a mancare la possibilità di punire i più numerosi ed i più gravi delitti. Aristotele enumerò già fra i dolosi i delitti commessi nell'affetto, e certamente a buona ragione (43). Imperocchè 1) la coscienza dell'in-

(42) Nuovo arch. di dir. crim. t. VIII. num. 11. t. X. p. 453.
(43) Ethic. V. 11.

giustizia dell' atto, benchè turbata ed indebolita, rimane pur sempre nella persona, che opera anche nel massimo affetto, la quale non si scuserà giammai col dire, che stimò conforme al diritto la sua azione, ma solamente adducendo di non aver saputo resistere agl'impulsi, che la eccitarono alla medesima (44). Oltre di che 2) la risoluzione di eseguire il commesso delitto non rimane esclusa dall'affetto, nè secondo le manifestazioni riconoscibili dell'animo umano, nè secondo l'esperienza: la quale anzi ne ammaestra, che alcuni delinquenti di buona natura assicurarono di essersi sentiti liberi e non costretti. E che in generale l'uomo sia in grado di rinunziare per motivi razionali alla risoluzione formata nell' affetto, è una delle massime sperimentali incontroverse. Per lo che i requisiti essenziali del dolo, cioè la coscienza dell'illecito dell'atto pigliato di mira, e la volontà di commetterlo, si presentano indubitatamente ancora nei delitti commessi nell' affetto; in conformità di che la Carolina nell' art. 137 annovera l' omicidio d' impeto fra gli omicidj volontarj, che distingue in premeditati e precipitati, mentre parla dei colposi negli art. 134. e 146 (45). Ma ciò che vale per l'omicidio precipitato, cioè proveniente dall'impeto degli affetti, dee parimente valere anche per gli altri delitti, commessi nello stesso stato dell' animo. Quindi l' impeto, a tenore dell' art. 137, può aver solamente l' effetto di abbassare considerabilmente, di fronte

(44) Mittermaier Nuovo Arch. di dir. crim. t. II. p. 534. t. VII. p. 575 — Feuerbach Revisione del dir. pen. par. II. p. 461—66.

(45) Martin Elem. §. 142. oss. 4. Meister Riflessioni pratiche par. II. p. 244. Anche Bauer, Elem. §. 166, nota, che sebbene dalla disposizione dell' art. 138 confrontato con l' art. 149 risulti, che la Carolina sotto l' omicidio precipitato *(Todtschlag)* comprenda ancora il colposo, per altro l' art. 137 dimostra, che v' è intesa principalmente l' uccisione procedente dall' affetto.

alla premeditazione, il grado della penalità dell'agente, ognorachè il giudice non sia legato da una legge penale determinata. Laonde il dolo si è diviso anche dai moderni in premeditato, ossia *ex proposito*, ed in precipitato, ossia *ex impetu*, e si sono intese dipendenti da questo le violazioni intenzionali della legge penale, che provengono dall'affetto. Che se nell'omicidio precipitato si volesse indefinitamente negare *l' animus occidendi*, si urterebbe nello scoglio di allargare pericolosamente ed illegalmente la sfera dell' omicidio premeditato; perchè i tribunali sarebbero costretti a punire come autore di questo il delinquente, che fosse confesso o convinto di avere avuto *l'animus occidendi.*

La nostra deduzione non dee già dimostrare, che nell'omicidio precipitato esista sempre e necessariamente lo speciale *animus occidendi*, ma solamente che vi possa esistere, tanto secondo la natura dell'affetto, quanto secondo l'esperienza: e così, avuto riguardo alla diversa intenzion dell'agente, fa d' uopo distinguere con Feuerbach (46), con Bauer (47), e con altri scrittori, due casi separati di omicidio precipitato; l'uno cioè, in cui l'agente ebbe *l'animus occidendi*, e l'altro in cui si presentò solamente un dolo eventuale, od alternativo, che suole intervenire frequentemente nello stato di affetto (48). Ora, che nel primo caso, ogni qual volta l'agente fu impedito suo mal grado dall'effettuar pienamente la sua intenzione, si debba ammettere un conato, come si ammette nell'omicidio premeditato, non può soggiacere a dubbio ragionevole. Ma la cosa è diversa nel secondo caso. Imperocchè,

(46) Elem. §. 217.
(47) Elem. §. 166.
(48) Feuerbach Elem. §. 59. oss. a. Critica del progetto di Kleinschrod par. I. p. 41.

siccome qui l'intenzion dell'agente non fu diretta all'omicidio determinatamente, ma solo indeterminatamente (eventualmente, o alternativamente); così con l'ammettere un tentativo di omicidio precipitato si verrebbe a giudicare, che l'intenzion dell'agente fosse stata diretta determinatamente ed esclusivamente all'uccisione: il che sarebbe tanto meno razionale, in quanto che nel diritto criminale il grado decisivo della penalità non è quello incerto più elevato, ma bensì quello certo più basso. Poichè pertanto il dolo indeterminato racchiude di sua natura in sè stesso anche l'*animus vulnerandi*, per cui la lesione corporale si distingue subiettivamente dal tentativo di omicidio, ed il giudice criminale non può quivi ammettere un conato di omicidio precipitato, perchè l'intenzion dell'agente non era diretta, nè determinatamente, nè esclusivamente all'uccisione; viene a risultare, che nel dolo indeterminato, giuridicamente considerato, non si possono applicare altri principj, che quelli della lesione corporale consumata, o tentata. Questa maniera di vedere adunque declina da quella di Mittermaier, in quanto che 1) in una specie di omicidio precipitato riconosce un tentativo di questo delitto, e 2) negli altri casi un tentativo punibile di lesione corporale. Secondo Mittermaier all'incontro, o l'agente dee soggiacere alla pena della lesione corporale, o dee rimanere affatto impunito. Ma effettivamente non si sa comprendere, per qual ragione l'affetto debba escludere la possibilità di un conato, sia pur questo di omicidio, o di lesione corporale. Nessun delitto in fatti, come ha segnatamente osservato anche il Romagnosi, può esser consumato, se prima non fu incominciato: nè lo stato di affetto può formare un'eccezione da questa regola.

Si dice in contrario, che nell'agente nello stato di affetto la risoluzione, le preparazioni, e l'uso dei mezzi

apparecchiati, si combinano quasi in uno stesso momento; onde riesce impossibile separare per ragion di tempo questi gradi di attività, per arrivare in tal modo ai diversi gradi del conato. Ma questa obiezione è più apparente, che reale. Prescindendo in fatti dal considerare, che ancora nell'omicidio precipitato può aver luogo una riflessione, così rispetto ai mezzi, come all'esecuzione, senza che per questo l'azione si converta in omicidio premeditato, purchè il tutto avvenga mentre l'affetto persevera (49); prescindendo dal considerare, che l'affetto, in qualche caso di eccezione, può essere di non breve durata, onde fra la preparazione e l'esecuzione interceda uno spazio considerabile di tempo (50); per altro, anche quando la risoluzione, la preparazione, e l'esecuzione sieno l'opera quasi di uno stesso momento, i diversi gradi di attività, che conducono alla consumazion del delitto, appariscono sempre separati, tantochè il delinquente viene spesso interrotto nel corso dell'opera criminosa. E mediante questa interruzione rimane impedita per modo la continuazion del delitto, che l'attività interrotta si presenta in un momento separato di tempo, come si vede dagli esempj riferiti in principio di questo paragrafo (*).

(49) Pratobevera Materiali t. I. p. 282.

(50) Mittermaier e Zachariae Giorn. crit. t. I. p. 226. Nuovo arch. di dir. crim. t. X. p. 291. Feuerbach Esposizione ec. ec. parte I. num. 14.

(*) Che il tentativo di omicidio d'impeto sia *logicamente* escogitabile, non dovrebbe parere cosa dubbiosa. Forse la ragione precipua, per cui, secondo la giurisprudenza di molti paesi, e secondo i principj legislativi, quel tentativo non sembra punibile, si dee cercare nella politica criminale: la quale non trova pericoloso il lasciare impunita un'esecuzione delittuosa, incominciata nell'impeto, e rimasta interrotta; perchè l'esperienza dimostra, che l'animo commosso suole abbandonare, appena calmato, ogni desiderio di uccidere, e spesso benedire alle cause, che hanno impedito la consumazione N. d. T.

Finalmente, secondo Martin (51), anche quei delitti, che sono consumati per la semplice forma dell' azione, e indipendentemente dal successo, dovrebbero escludere la possibilità di un conato. Questa opinione pure è pienamente confutata dalle ragioni sviluppate sinora, e dipende solamente dal confondere la ricerca dell' estensione del tentativo in genere con un' altra quistione, di cui toccheremo più sotto nel §. 6.

Se adesso ci piace di raccogliere le conseguenze delle indagini, sino a questo punto instituite, noi vediamo, che nè l'alto tradimento, nè i delitti commessi nell'affetto, o in uno stato simile all'affetto, nè finalmente i così detti delitti formali, fanno un' eccezione dalla regola stabilita di sopra; avvegnachè anch' essi possano ammettere l'idea di un conato punibile. Vanno solamente eccettuati da questa regola, come ha osservato ancora il Romagnosi (52), quei delitti, che si preparano semplicemente nell'interno, e si eseguiscono con la parola, come accade nelle ingiurie verbali, in certi casi di lesa venerazione della maestà, e nella bestemmia. Imperocchè le cogitazioni e le risoluzioni, fintantochè non si manifestano, sono impunite. Ed in questa eccezione io mi son professato altra volta del sentimento di Mittermaier (53). Sul fondamento bensì della medesima non si è generalmente d'accordo; perchè d'ordinario si è detto, che le ingiurie verbali non ammettono tentativo punibile, perchè appartengono ai *delicta privata* del diritto romano (§. 1.) La qual ragione, benchè vera in sè stessa, è per altro insufficiente; perocchè da una parte anche le ingiurie verbali pubbliche, le quali si debbono castigare *ex officio*,

(51) Elem. §. 49 nota 2.
(52) Genesi del dir. di punire §. 668—72.
(53) Saggi tratt. X. p. 301.

del pari che gli oltraggi detti alla maestà, non ammettono conato punibile, il quale altresì rimarrebbe escluso, ancorchè il diritto romano avesse riposto le ingiurie verbali fra i *delicta publica*. Quindi la ragione interna ed essenziale dell'eccezione vuolsi distinguere da quella semplicemente esterna e casuale, e riporre nella pubblica opinione, la quale giudica, se esista, o no, la violazion dell'onore, e che non trova questa violazione medesima nella semplice volontà d'ingiuriare, non seguitata dall'atto ingiurioso. D'altra parte bensì la pubblica opinione riconosce come ingiurie consumate certi atti preparatorj d'ingiuria reale, come l'alzare il bastone in atto di percuotere alcuno; onde conseguita, che, avuto riguardo alle idee popolari, decisive in questa materia, non si possa parlare di conato d'ingiurie nemmeno nei casi di questa specie. In una parola, quando l'ingiuria, di qualunque sorta ella sia, si consuma con la prima azione esteriore, non ammette conato punibile; perchè la semplice volontà d'ingiuriare, tanto in virtù del principio romano « *cogitationis poenam nemo patitur* », quanto in virtù della pubblica opinione, non si può criminalmente perseguitare.

§. 6.

Indagata l'estensione del tentativo punibile, cercheremo adesso, se in quei delitti, che in generale lo ammettono, e che formano la regola, si presentino i tre gradi comunemente riconosciuti del medesimo, cioè il *delictum perfectum* il *conatus proximus*, e il *conatus remotus*. Anche una tal quistione è del numero delle controverse. Se, per deciderla, uno si attiene all'idea ordinariamente stabilita del tentativo terminato (*delictum perfectum* — *délit manqué* — *delitto frustrato*), a tenor della

quale il conato dicesi compiuto allorchè l'agente ha fatto per parte sua tutto quello, che si richiedeva a produrre il successo pigliato di mira, il quale per altro o non è avvenuto affatto, o non è avvenuto nella sua pienezza (54); dalla medesima caratteristica del *successo* risulta, che di questo grado supremo di conato si può trattare in quei soli delitti, che per la loro consumazione esigono appunto un determinato evento (delitti materiali), e che gli altri perciò, che si consumano per la semplice forma dell'azione, ai quali appartengono esempigrazia diversi reati contro lo Stato, la falsità, lo spergiuro, l'esposizion degl'infanti, e simili (delitti formali), ammettono due soli gradi di conato, vale a dire il prossimo ed il remoto (55). Secondo Martin (56) i delitti dell'ultima specie dovrebbero escludere in generale la possibilità del conato: contro la quale opinione si sono dichiarati a buon diritto Henke (57), Bauer (58), ed altri scrittori, del pari che i pareri giuridici della facultà legale d'Heidelberg. Imperocchè a tenore dei principj sviluppati nel §. 5. intorno al *conatus delinquendi*, e di ciò che siamo per dire, con che va d'accordo la pratica del diritto comune, e lo spirito delle moderne legislazioni, non soggiace

(54) Esempigrazia la pistola sgrilleitata non prese, o in vece dell'uccisione ebbe luogo soltanto un ferimento. Nel secondo caso si considera dalla maggior parte un tentativo qualificato, cioè una concorrenza di tentativo e di consumazione, ma a torto. Il Romagnosi ha esattamente determinato la nozione del tentativo qualificato, la quale constituisce il *concursus delictorum idealis*, dicendo: « Un delitto soventi volte è mezzo ad un altro delitto, e dal facinoroso vien posto in opera, onde giungere al fine, che si propose » (Gen. §. 697.) — V. Anche Bauer Elem. §. 72.

(55) Sulla partizion dei delitti in *materiali* e *formali* V. il nuovo arch. di dir. crim. t. IV.

(56) Elem. §. 49. nota 2.

(57) Instituz. par. I. §. 40.

(58) Elem. §. 69.

ad alcuna dubitazione, che ancora i così detti delitti formali ammettano l'idea di un conato punibile. Laonde si può ricercar solamente, se per avventura si dieno alcuni delitti, che ammettano per eccezione un solo grado di tentativo, come ha sostenuto Mittermaier (59).

Sotto questa eccezione Mittermaier pone in primo luogo « tutti i delitti, che si commettono con un'a-« zione destituta d'ogni preparativo, la quale s'intraprenda « in così fatte condizioni, che ogni apparente preparazione « si sottragga, in grazia della relazione esistente, a qual-« sivoglia rimprovero d'ingiustizia, come nell'incesto. Se « un fratello ed una sorella si amano teneramente, seb-« bene con impuri desiderj; se si scrivono lettere piene « di affetto, e concertano un piano di futura riunione; « sarebbe cosa ridicola il parlare di conato remoto d'in-« cesto ». Ma questa affermazione, che è stata anche rincarita dal Rossi (60), va palesemente tropp'oltre. Imperocchè sebbene l'incesto unitamente ad altri delitti, ai quali si offre l'occasione da sè, possa commettersi senza speciali preparazioni, come accade sovente nelle classi più povere della campagna, quando la intiera famiglia dorme insieme in un letto solo (61); da ciò per altro non è permesso dedurre, che l'incesto sia uno di que' delitti, che escludono per loro natura ogni preparazione; che simili atti preparatorj non sieno giammai altro che apparenti; che il riguardo dovuto alla parentela gli esime dal rimprovero d'ingiustizia; e che sarebbe quindi una cosa ridicola il parlare di tentativo remoto di questo reato.

La possibilità in fatti di un conato remoto si dovreb-

(59) Nuovo arch. di dir. crim. t. IV. p. 19. 20. SS. GG. t. I. p. 279.

(60) l. c. ll. 31. p. 368.

(61) Bopp, Boehmer e Jaeger Giorn. di legisl. e di giurisprud. t. I. p. 32—52. p. 416 e seg. p. 507—512.

be così con egual diritto negare anche negli altri delitti di carne, esempigrazia nell' adulterio e nella violenza in femmina, ed in generale in tutti quei maleficj, per la commissione dei quali si presenta sovente l'opportunità da sè stessa, ancorchè non cercata. Ma poichè questa ricerca si connette con quella della possibilità di un conato remoto in genere, della quale ragioneremo di sotto (§. 8), ci asterremo qui dall'entrare ne' suoi particolari.

In secondo luogo Mittermaier annovera sotto questo capo « i delitti, nei quali non è necessaria altra pre« parazione, che la risoluzione interna: i quali perfe« zionandosi con l' azione medesima, che dà loro prin« cipio, non ammettono l' idea di conato, come accade « esempigrazia nello spergiuro. Chi vuol giurare il falso, « non commette tentativo di spergiuro sino all' istante, « in cui esprime realmente il giuramento ». Qui pure l'eccezione è poco fondata. Prima di tutto in fatti per la consumazione dello spergiuro non si richiede in alcuna maniera, che sia già terminato il protocollo relativo alla prestazione del giuramento, e che questo sia stato già riportato negli atti, come afferma Mittermaier in un altro luogo (62). Anche meno poi lo spergiuro appartiene a quei delitti, che per loro natura non ammettono preparazioni; poichè anzi i preparativi di un giuramento giudiciale vanno congiunti con una serie di formalità e di solennità, in grazia delle quali questo reato, tuttochè escluda, essendo del numero de'formali, il *delictum perfectum*, si può per altro presentare sotto l'aspetto di conato prossimo, e di remoto, come generalmente si riconosce in teorica, ed in pratica. Così i tribunali di Prussia, secondo un caso criminale riferito nel giornale di Hitzig (63), riconobbero un conato remoto nell'innalzamento

(62) Nuovo arch. di dir. crim. t. II. p. 109.
(63) t. X. p. 287—291.

delle prime tre dita, che si sollevano giurando, ed un conato prossimo di spergiuro nell'incominciamento della formula giuratoria.

La teorica, che in certi delitti non ammette conato remoto, riposa in generale sull'idea, che se ne dieno di quelli, che per loro natura escludono ogni preparazione. Ma l'esperienza dimostra, che i mezzi di delinquere sono escogitabili in tutti i delitti. Non vogliamo con questo asserire, che in ogni delitto tentato e consumato sieno indispensabili delle preparazioni; avvegnachè l'occasione anche non cercata possa talora somministrare i mezzi necessarj alla piena esecuzion del reato: ma sosteniamo per altro, che si danno certi maleficj, che per loro natura esigono una serie di preparazioni, come esempigrazia l'alto tradimento e la sollevazione, la falsa moneta, lo spergiuro, e simili, nei quali perciò, come osserva a ragione il Romagnosi, i diversi gradi del tentativo si presentano più distinti e moltiplici. E nemmeno intendiamo di dire, che i movimenti di alto tradimento e di sollevazione non sorgano mai senza particolari preparazioni, in virtù di qualche occasione improvvisa. Risulta per altro, che i delitti non si possono generalmente partire in quelli, che ammettono preparazioni, ed in quelli, che non le ammettono, ma che in questo rispetto tutto dipende piuttosto dalle circostanze particolari.

Fa d'uopo guardarsi del pari dal confondere la quistione, la quale ricerca, che cosa appartenga all'idea del conato, con l'altra ben diversa, con cui si prende ad investigare, che cosa si richieda per la punibilità di un tentativo, che a tenore della sua nozione ontologica esiste (64). Ad evitare la qual confusione ammonì anche Oersted, notando (65), esser cosa intieramente falsa il ristringere

(64) V. i miei saggi tratt. 10. p. 295.
(65) Nuovo contributo p. 134. e seg.

l'idea di conato a quei soli delitti, che sono **legalmente punibili**. Ed alla quistione appunto dell'idea e della punibilità del conato siamo condotti oramai dal procedimento della nostra investigazione, dopo che abbiamo precedentemente determinato l'estensione ed i gradi del tentativo delittuoso.

§. 7.

Il delitto si dice tentato, quando il fatto dell'agente fu diretto a produrre pienamente il reato preso di mira, il quale per altro non avvenne. Così almeno si definisce d'ordinario il conato, e precisamente nel senso dell'art. 178 della Carolina. Secondo questa definizione il conato esclude le semplici vantazioni di voler commettere un delitto, le quali autorizzano solamente a prendere dei provvedimenti assicurativi e di prevenzione, e di più si riferisce soltanto al doloso autore fisico e psicologico del fatto, senza comprendere gli ausiliatori ed i promotori. Imperocchè, sebbene anche relativamente a questi si possa parlare della esecuzione di un tentativo (§. 3.), per altro nello sviluppo della presente idea si suol contemplare massimamente il doloso autore del fatto, e più specialmente il fisico autore; parte perchè in lui si presenta più frequentemente il delitto tentato, e più di rado nell'autore intellettuale, o negli ausiliatori e promotori; parte perchè l'art. 178 della Carolina, a differenza del precedente art. 177, riporta il maleficio sottinteso all'autor fisico del delitto, senza che per altro sia impedito di applicare per analogia quelle disposizioni anche all'instigazione, al favoreggiamento, e all'aiuto; parte finalmente perchè i tre gradi di conato comunemente ammessi possono ritrovare la loro intiera applicazione nella sola attività del fisico autore, e non in quella degli altri parteci-

panti (66). In sequela di ciò anche la seguente esposizione ristringerà l' idea del conato al solo autor fisico del delitto, come il subietto più importante, che qui venga in considerazione, e l' analogia guiderà ad applicare le disposizioni legali sulla penalità di esso agli altri partecipanti.

A tenore della indicata definizione, l'idea e l'essenza del tentativo richiede, che l'agente sia stato in una qualunque maniera interrotto nel corso della sua delittuosa attività, o ciò avvenisse per le leggi della natura esterna, o della interna, vale a dire o per propria elezione, o per forza altrui, o in virtù di semplici cause naturali, e che quindi egli non potesse pervenire alla consumazione del maleficio pigliato di mira. Imperocchè l'intraprendimento di un delitto, e l'interruzione dell'ingiusta attività sono gli elementi di fatto, che constituiscono l'idea del conato: il quale può conseguentemente esistere, ancorchè manchino le condizioni legali della sua punibilità. Così esempigrazia l'idea del conato non rimane distrutta, se l'agente desistè in tempo dal proseguire la sua impresa delittuosa, o per timor della pena, o per compassione, o per pentimento; nè se dovè tralasciare per cause fisiche, o psicologiche, come se si fosse sentito troppo debole per superar l'avversario, o gli fosse caduto per orrore il pugnale di mano, a similitudine degli schiavi alla presenza di Mario, o le leggi insuperabili della natura fisica gli avessero resa assolutamente impossibile la consumazion del delitto, perchè per esempio il mezzo trascelto per raggiugner lo scopo era obiettivamente innocuo. Ancorchè in simili casi possa l'agente, in virtù di disposizioni legali, non soggiacere ad alcuna pena; pur l'idea di conato vi si presenta: nè di ciò possono dubitare, che coloro, i quali

(66) V. i miei saggi tratt. 10. §. 2. p. 268.

confondono la nozione ontologica del tentativo con le condizioni positive, o filosofiche della sua punibilità.

§. 8.

Ma ricerchiamo oramai, quali sieno queste condizioni della punibilità del tentativo delittuoso, in quanto che ogni conato non soggiace a pena secondo il diritto comune, nè merita di soggiacervi, considerato dal punto di vista legislativo.

I. La prima condizione della punibilità del tentativo delittuoso consiste in un'azione esterna, la quale, secondo l'intenzione dell'agente, doveva mediatamente o immediatamente servire a produrre il delitto pigliato di mira. Quindi i semplici pensieri, e le sole risoluzioni, fintantochè non trapassarono in azioni esterne, non soggiacciono a pena (67). Il che non vale solamente pei delitti di commissione, ma ancora per quelli di omissione, nei quali l'elemento di fatto, cioè l'azione esterna, consiste nella reale e già cominciata esecuzione della risoluzione di tralasciare un'attività doverosa (§. 2). Lo stesso si dica degli ausiliatori e dei favoreggiatori, i quali sono respettivamente punibili di conato solamente quando abbiano eseguito un'azione, diretta all'aiuto, o al favoreggiamento. Egregiamente nota il Romagnosi (68), che il tentativo debb' essere qualche cosa di più della risoluzione, e qualche cosa di meno della consumazione; onde lo spazio di esso si estende dalla prima azione, che viene intrapreso per commettere il delitto, fino all'orlo dell'ultima azione, che consuma il delitto medesimo. Ma il determinare

(67) V. i miei saggi p. 303. e seg. — Rossi traité de droit pénal II. 26 — Romagnosi genesi del dir. di pun. §. 601. e segg.
(68) l. c. §. 666. e seg.

la prima azione, intrapresa per commettere il delitto, appartiene meno alla scienza del diritto penale, che all'arte logica, ed alla facoltà del giudizio. A norma bensì della facoltà del giudizio possono stabilirsi alcune regole generali, che sono per altro sommamente controverse. Secondo l'opinione modernamente professata da Oersted (69), da Rosshirt (70), da Jordan (71), da Pfizer (72), dal Romagnosi (73), da Jarcke (74), da Martin (75) da Heffter (76), ed innanzi da Feuerbac (77), da Grolman (78), da Tittman (79), e da altri scrittori (80), le preparazioni di un delitto debbono considerarsi come il primo atto di tentativo (*conatus remotus*, o *delictum praeparatum*). A sostegno di questa teorica, già trapassata nel codice penale bavaro del 1813, e nell'art. 25 e 175 del progetto per la Sassonia, disteso da Stûbel, si può dire:

1) che nel conato a delinquere, considerato in tutti i diversi suoi gradi, è predominante il punto di vista subiettivo della punibilità, in quanto che da un lato per la essenza di fatto del delitto tentato non si richiede alcun ingiusto successo esterno, come carattere essenziale, mentre il medesimo non fa che innalzare il grado della

(69) Esame del progetto di cod. pen. per la Baviera p. 149—154 e Nuova contribuzione p. 127.

(70) Sviluppo ec. p. 306.

(71) De nonnullis controversiis ad doctrinam de conatu delinquendi spectantibus. Marburg. 1826. p. 11—19.

(72) Nel giorn. crit. di giurispr. di Tubinga t. III. p. 100—105.

(73) l. c. t. II. p. 209.

(74) Instituz. I. p. 214. e giorn. d'Hitzig t. V. p. 148.

(75) Elem. §. 61. nota 15.

(76) Elem. §. 61. e §. 52. nota 4.

(77) Elem. §. 43.

(78) Principj della scienza del dir. crim. §. 31.

(79) Instituz. §. 97.

(80) Esempigrazia da Le Graverend nota 91. cit.

pena (81); e dall'altro lato un tal nocivo successo, che sia per avventura accaduto, è escogitabile solamente nel delitto frustrato, ma non si può presentare negli altri casi, e tuttavolta il tentativo è punibile per via dell'ingiusto sentimento, con l'azione esterna manifestato:

2) Che il diritto romano riconosce espressamente, almeno nei *crimina ordinaria*, la punibilità delle semplici preparazioni di un delitto, le quali anzi, se sono di una data specie, come per esempio la compra del veleno per uccidere, la provvision dell'armi per commettere violenze, e simili, vanno sottoposte alla pena del consumato delitto. L. 1. D. *ad L. Pomp. de parric.* L. 1. D. *ad L. Jul. de vi pub.* L. 5. Cod. *ad L. Jul. maj.* L. 14 D. *ad L. Corn. de sic.* Di più il conato remoto d'adulterio constituisce un delitto straordinario per sè stante sotto il nome di *sollicitatio alienarum nuptiarum* (82).

3) Che finalmente anche la Carolina nell'art. 178 richiede per la punibilità del *conatus delinquendi* solamente un'azione esterna, diretta a produrre il delitto propostosi, tantochè non possono considerarsi abolite dalla detta constituzione le disposizioni del diritto romano. Imperocchè sebbene la medesima, a petto del diritto romano, rilevi in generale di più il punto di vista obiettivo della penalità, questa per altro, rispetto al tentativo delittuoso, dipende principalmente dal punto di vista subiettivo; onde in sequela dell'art. 178 si dee solamente ritenere, che le preparazioni di un maleficio non possano mai soggiacere alla medesima pena della sua consumazione (83).

(81) Feuerbach Elem. §. 82. nota a. V. i miei saggi p. 276 in nota.

(82) Heffter Elem. §. 448 — Waechter tratt. di dir. pen. par. I. p. 430. in nota.

(83) Da questa regola non va eccettuato nemmeno l'alto tradimento. Pareri giuridici della facoltà legale d'Heidelberg l. c. p. 218.

Bauer (84) ha recentemente cercato di dedurre dall' idea di tentativo, che sotto di essa non si possono contenere le semplici preparazioni di un delitto, perchè, fintantochè l'agente non ha dato principio all'esecuzione, niuno dirà, che egli abbia tentato un delitto. Ma questa obbiezione ha più apparenza, che realtà. Imperocchè il *conatus delinquendi* significa il principio di un delitto, e sotto questo principio si comprendono ancora, com'è palese, gli atti preparatorj. Inoltre non si sa intendere il perchè il primo passo al delitto non debba riguardarsi come il punto del suo cominciamento. E finalmente alcune semplici illazioni, dedotte dall'idea di tentativo, non hanno alcun valore di fronte alle contrarie disposizioni del diritto comune. Poco del pari si può dimostrare l'impunità di queste preparazioni, dicendo con Bauer (85), che, prescindendo dall'ingiusta intenzione dell'agente, esse consistono in atti leciti, od almeno indifferenti. In fatti la dipendenza appunto dell'atto dall'ingiusta intenzione lo rende punibile; avvegnachè, se si dovesse fare astrazione da questa ingiusta intenzione, tutti quanti i delitti, o consumati, o tentati, si dovrebbero dichiarare esenti da pena. Già il Romagnosi (l. c.) ha fatto osservare, che gli atti conducenti all'esecuzione di un delitto, considerati singolarmente in sè stessi, sono spesso buoni, od indifferenti, ma che presentano l'aspetto di reati in quanto furono riferiti ad un fine criminoso: e questo è appunto ciò che succede nelle preparazioni di un delitto.

Altri scrittori ancora, e segnatamente Mittermaier (86), Henke (87), Pratobevera (88), Cucu-

(84) Elem. §. 67. nota b.

(85) Elem. §. 571. nota c.

(86) Nuovo archivio di dir. crim. t. II. p. 602. t. VI. p. 356. t. X. p. 549.

(87) Instituz. par. I. p. 255.

(88) Materiali ec. t. VI. p. 372. e seg.

mus (89), e Rossi (90), si sono dichiarati per la impunità degli atti preparatorj, avvegnachè secondo la loro opinione il conato incominci ad esser punibile con quella azione, che contiene almeno un principio della effettiva esecuzion del delitto. E per tipo di questa opinione hanno pigliato specialmente l'art. 2. del codice penale francese, il quale esige, che il tentativo punibile *sia manifestato con atti esterni, e seguitato da un principio d'esecuzione* (91), e l'art. 7. del codice penale austriaco, il quale dice, che il *solo attentato di un fatto criminoso constituisce il delitto, tostochè il mal intenzionato intrapprenda un'azione, tendente all'effettiva esecuzione del medesimo.* E questa teorica è trapassata ancora nel progetto bavaro del 1822 art. 46, in quello del 1831 art. 43 e 44, nel progetto annoverese art. 38, ed in quello di Württemberg del 1835 art. 57. Ma voci moltiplici e poderose si sono elevate contro di essa (92), e la dottrina e la pratica germanica, che è stata finora in vigore, non ha somministrato motivi di particolari querele. Mentre in fatti le preparazioni di un delitto si sono finqui riguardate degne di pena; secondo questa nuova teorica il punto di principio del conato punibile dovrebbe sorgere, o quando l'agente ha incominciato ad applicare effettivamente i suoi mezzi, e così per esempio ha già appoggiato la scala per salire, ha stempe-

(89) Nuovo archivio di dir. crim. t. IV. p. 9. e 10.

(90) Traité de droit pénal II. 27.

(91) Le Graverend *traité de legislation crim. en France* t. I. p. 91. e sq. Questo scrittore nell'altra sua opera *des lacunes èt de besoins de notre legislation crim.* vol. I. p. 232. ha cercato per altro di dimostrare la necessità di punire gli atti preparatorj di un delitto.

(92) Oersted Oss. cit. 75. V. anche le critiche del prog. bav. del 1822 fatte da Spies p. 8., da Wellmer p. 26. 67., e da Binder p. 36. Rosshirt giorn. t. II. p. 290. Cucumus Nuovo arch. di dir. crim. t. X. p. 212. e seg.

rato il veleno nelle vivande ec, o quando almeno si è posto nella situazione di potersi servire dei mezzi preparati: come allorchè *A* si è messo in aguato con la pistola, provveduta per uccider *B*. A tenore di ciò la compra di armi e di veleni, la fabbricazione di scale da ladri e di stromenti da rompere, le cospirazioni dirette ad un omicidio premeditato, ad una sollevazione, ad un alto tradimento, sarebbero azioni esenti da pena, o ne potrebbero essere solamente colpite quando fossero minacciate d'una coercizione di polizia (93). Per conseguenza non si darebbe conato punibile d'aiuto: anzi l'ausiliatore non potrebbe in molti casi punirsi nemmeno di consumato soccorso. Imperocchè, se l'autore d'un consumato delitto può impunemente provvedersi di veleni e di armi, di grimaldelli, di macchine infernali, e simili, ogni individuo sarà in facultà di fornirgli impunemente qualunque mezzo atto a servire allo scopo del delitto, e le semplici preparazioni d'aiuto potranno anche meno soggiacere ad un processo, e ad una punizione. Quando in fatti delle azioni di questa specie vanno esenti da ogni pena nella persona dell'autore, debbono certamante dichiararsi impunite anche in quella dell'ausiliatore.

Ora se ci volgiamo ad esaminare questa teorica, non ristretta semplicemente alla persona dell'autore, ma in una più larga periferia, si vede, che non si può difendere, nè di fronte al diritto comune, nè in virtù dei generali principj giuridici. Imperocchè, prescindendo dal considerare, che in tutti i gradi del conato il punto di vista subiettivo della penalità è quello predominante e decisivo; prescindendo dal considerare, che la penalità degli atti preparatorj è legata, come quella del conato, alla con-

(93) V. le mie contribuzioni alla dottrina dell' alto tradimento p. 49. e seg., nelle quali io non mi sono in alcuna guisa dichiarato per questa teorica.

dizione, che l'agente sia stato impedito suo malgrado di usare i mezzi apprestati (§. 9.) (onde per una parte l'obiezione della possibile desistenza spontanea è un opporre la semplice possibilità contro la realtà, e condurrebbe a dichiarare l'impunità del conato in genere fintantochè non fosse pervenuto al grado di delitto frustrato, e l'affermare dall'altra parte, che lo Stato, se sottomettesse a una pena gli atti preparatorj, verrebbe a punire anticipatamente il fatto nella sola risoluzione, manca del pari di fondamento); prescindendo da questa, e da altre ragioni, che abbiamo incidentemente notate; secondo la regola definitiva del comune pericolo, la quale determina l'estensione ed i limiti del diritto pubblico di punire, non si può ragionevolmente dubitare, che il primo passo al delitto, ossia la preparazione del medesimo, non appartenga alla classe degli atti meritevoli di pena. Le preparazioni in fatti del delitto, a motivo della loro relazione col criminoso intendimento, prendono il carattere di azioni criminose, e capaci di compromettere la pubblica sicurezza, massimamente perchè pongono l'agente, almeno d'ordinario, in grado di potersi ad ogni istante approfittare dei mezzi apparecchiati, per condurre al suo compimento la scelleraggine pigliata di mira. Di più la punizione dell'intraprenditore è tanto meno da stimarsi esorbitante, in quanto che egli, mediante una volontaria desistenza, può liberarsi da ogni pena. Finalmente le ragioni, su cui riposa la indicata restrizione del punto di principio del conato punibile, secondo la legislazione penale francese ed austriaca, non sono affatto applicabili ai moderni codici nostri. Imperocchè quando il delitto tentato va soggetto, come in Francia ed in Austria, dietro l'esempio del diritto romano, al medesimo grado di pena del delitto consumato; affinchè questa disposizione non divenga esorbitante, è certamente necessario ristrin-

gere nella guisa accennata il principio del tentativo punibile; anzi il legislatore francese e l'austriaco avrebbero dovuto limitare anche più, che non fecero, l'essenza di fatto del conato, per accostarsi maggiormente ad una giusta proporzione penale. Ma siccome le moderne legislazioni germaniche non riconoscono, ed a buona ragione, il principio della eguale punibilità del tentativo, e della consumazione, il volere adottare la medesima restrizione, ricorrendo agli esempj del codice penale francese ed austriaco, è per lo meno una grande inconseguenza.

È parimente irragionevole il temere, che la teorica, finquì seguitata nella nostra pratica, possa facilmente esporre la libertà civile dell'individuo ai pericoli dell'arbitrio giudiciale; perchè le preparazioni di un delitto sono punibili solamente allorchè l'intraprenditore ha manifestato con la propria azione la volontà di servirsi effettivamente dei mezzi apparecchiati. Quindi il semplice risolversi ad un delitto, il far dei progetti intorno al medesimo, l'apprestarsi a provvedere i mezzi necessarj, e lo stesso provveder questi mezzi senza che uno sia per anco fermamente deciso di eseguire, non si considerano come principj di tentativo punibile, e perciò non è da temere, che il giudice punirà i pensieri, le azioni lecite, i meri apparecchi di apparecchi, o l'uomo irresoluto. E quando si presentassero condanne criminali di questa specie, come si sono qualche volta presentate (94); l'art. 2. del codice penale francese, od una disposizione che lo imitas-

(94) V. il giorn. d'Hitzig t. I. p. 39. e t. V. p. 335. In un caso di *conato remotissimo* di veneficio fu decretata la casa di disciplina per cinque anni ! Conf. i giudizj di Abegg e di Waechter negli annali di Schunk t. VII. p. 314. e seg., e nel giornale critico di Tubinga t. III. p. 48. Una più retta sentenza in caso simile si trova nella biblioteca dei casi scelti criminali compilata da Bopp t. I. fasc. I. p. 90.

se, potrebbe assicurare ben poco la libertà individuale dagli errori del poter giudiciario.

Anche il nuovo progetto di codice penale pel regno di Württemberg ha adottato nell'art. 57 la regola del codice francese, tuttochè contraria al diritto comune, ed alla pratica finqui seguitata in quello Stato, ma per ragioni, che mancano di fondamento, e che, quand' anche non ne mancassero, non potrebbero fare eccezione alla regola, che il detto progetto riconosce nelle preparazioni dell'alto tradimento, e dei delitti in materia di moneta, nella trama, e nella banda. I motivi (95) del predetto art. 57. si fondano 1) sul principio sperimentale, che un ingiusto divisamento suol essere tanto più facilmente abbandonato, quanto chi lo formò è più lontano dalla consumazion del delitto, e che ancora la politica criminale dee distornare un progresso ulteriore, mediante la speranza dell'impunità. Qui domanderò in primo luogo, se sia prudente l'assicurare l'impunità all'intraprenditore, anche allorchè egli fu costretto suo mal grado a rinunziare alle già fatte preparazioni del delitto. In secondo luogo è evidente, che, se la speranza dell' impunità dee somministrare all' intraprenditore un potente motivo di rinunziare al suo progetto, la politica criminale comanderebbe precipuamente, che lo stesso vantaggio si promettesse nei delitti più pericolosi, cioè nell'alto tradimento, nella falsa moneta, nella trama, e simili, affinchè lo Stato potesse tanto più sicuramente augurarsi, che si abbandonasse per via la loro esecuzione. I motivi 2) dicono ancora, che, quando lo Stato volesse punire i semplici atti preparatorj, soggiacerebbe anticipatamente alla

(95) p. 42—44. Rossi Traité de droit pénal II. 27. Questo scrittore sostiene il principio del cod. pen. franc., ma fa tante eccezioni alla regola, e tante limitazioni a quelle eccezioni, che si vede chiaramente quanto si trovi imbarazzato nel difendere sì fatta teorica.

pena il fatto nella incerta risoluzione. Che questa ragione ancora non sia che apparente, risulta abbastanza dalle già esposte dichiarazioni. Oltre di che apparisce da essa anche meno, onde lo Stato desuma poi il diritto di punire per eccezione il fatto nella sua risoluzione ancora incerta, quando si tratta di alto tradimento, o di falsa moneta. Finalmente 3) i prenominati motivi si appoggiano sul riflesso, che la punizione delle semplici preparazioni di un delitto va sottoposta a grandi difficoltà rispetto alla prova, e che i processi, introdotti a quest' oggetto, o non condurrebbero d' ordinario ad alcun risultato, o cadrebbero nel meschino. Ma se si dee giudicare dalla pratica passata, e dalle inquisizioni finora conosciute, la prova necessaria a convincere l' incolpato nel conato remoto non dovrebb'essere più ardua di quella che si raccoglie negli altri casi di tentativo; massimamente perchè nel consumato delitto, il processo dee minutamente estendersi a tutte le preparazioni adoperate a commetterlo, e questa parte della giudiciale investigazione non ha da lottare, come insegna l'esperienza, con difficoltà maggiori di quelle, che s'incontrano nel verificare la consumazione. Nè si vede poi, come lo Stato, quando nell' alto tradimento ed in altri casi riconosce per eccezione un conato remoto punibile, non potrebbe spendere a profitto della prova quelle cure, che d' ordinario si asseriscono inutili. Anche Mittermaier (96) e Rossi (97) ri-

(96) Lo stato più recente della legislazion criminale p. 175.

(97) *Traité de droit pénal* II. 27. Egli ammette le seguenti eccezioni: 1) in quelle azioni, che chiama *moyens occasionels de crimes*, come nel porto dell' armi, nella vagabondità, e nella mendicanza; 2) in certe preparazioni indubitate dei delitti, le quali possono considerarsi come cominciamenti dei medesimi, come negli apparecchi per fabbricare la falsa moneta; 3) nelle cospirazioni, ma con molte limitazioni.

conoscono per vero dire alcune eccezioni dalla regola, esempigrazia nei delitti contro lo Stato. Ma l'imbarazzo nasce appunto da queste eccezioni. Imperocchè trascurando ancora, che nelle leggi eccezionali (specialmente in materia di reati politici) si trova sempre qualche cosa di odioso, la linea di confino, tirata fra l'eccezione e la regola, dipende frequentemente dal puro arbitrio, e nella sua applicazione conduce a conseguenze stranissime. Fermandoci, a motivo d'esempio, ai casi d'eccezione stabiliti dal progetto di Würltemberg, immaginiamo che *A* e *B* formino una trama per uccider *C*, e che a quest'oggetto si sieno già provveduti di veleno. Essi sono punibili per via della trama, e secondo l' art. 74 soggiacciono alla pena del conato incompiuto. Se all' incontro *A* mediante il semplice aiuto di *B* si è provveduto di veleno per lo stesso oggetto, e l' autore ed il socio vanno del pari impuniti, non ostante che il pericolo per la vita di *C* sia perfettamente eguale a quello figurato nel caso precedente. Leggi eccezionali si possono anche meno giustificare nei delitti contro lo Stato. Poichè, per quanto questi appartengano ai reati più gravi, pur l' esperienza di migliaia di anni ammaestra, che in generale sovrastano molti meno pericoli allo Stato, che a'diritti dei sudditi. E quando specialmente si osservi, che a petto dell'individuo il potere pubblico tiene a sua disposizione mezzi tanto maggiori di numero e di potenza per distornare i pericoli, che lo minacciano, vengono effettivamente a mancare tutte le ragioni giuridiche e sperimentali per governare con leggi eccezionali i delitti contro lo Stato. Delle quali abbiamo tanto minor bisogno, perchè crediamo che occorra ritornare alla teorica della punibilità degli atti preparatorj in genere, ossia del conato remoto, e che faccia d' uopo abolire ad un tempo tutte quante le eccezioni.

Ma procediamo oramai a sviluppare le altre condizioni della punibilità del delitto tentato.

§. 9.

II. Oltre ad un' azione esterna mediatamente o immediatamente diretta a produrre il delitto (§. 8), si richiede di più per la punibilità del conato, che l' intrapenditore, cioè l' autor fisico, sia stato interrotto *suo mal grado* nella esecuzion del reato preso di mira (98). Questa disposizione vuolsi applicare per analogia anche all'autore intellettuale (§. 4.), agli ausiliatori, ed ai favoreggiatori (§. 3.) Se quindi l' intrapenditore si ritrae dal delitto per libero impulso, semprechè non abbia potuto ancora eseguire il fatto, e si presenti la *res integra*, o sia che non abbia avuto luogo alcun successo illegale, o che l'azione rimasta senza effetto non si debba legalmente considerare per consumata, come accade nei delitti formali; dee dichiararsi libero da ogni pena, a tenore del diritto comune (99). Nè da questo principio fa eccezione la trama (100): nè si può giustificare secondo le massime generali del dritto, come fu dichiarato in un altro luogo (101), che lo Stato, decretando una pena anche meramente di polizia o correzionale, e non criminale, mostri la sua diffidenza verso quell' agente, che si ritrae liberamente e *re integra* dal delitto. Anche

(98) L. 19. pr. D. *ad L. Corn de sic.* arg. art. 178 della Constituzione Carolina.

(99) L. 21. §. 7. D. *de furtis*, art. 178. della Carolina. Jenull nel giorn. di Wagner 1826 t. I. p. 309. Pratobevera Materiali t. VI. p. 358. Nuovo arch. di dir. crim. t. VI. p. 62. Gönner Annali t. I. p. 288—295. *Gazette de tribunaux* 1827 n. 377.

(100) Nuovo archivio t. IV. num. 14.

(101) V. i miei saggi p. 308. e seg. Mittermaier nel nuovo arch. t. IX. p. 18. Motivi del progetto di Württemberg p. 47.

la pratica di Würtlemberg ha seguitato finora quest'ultima dottrina (102), segnatamente difesa da Tittmann e da Grolman: ma il nuovo progetto per quel regno nell'art. 67 assicura a buona ragione la piena impunità a quell'agente, che *re integra* desiste dal delitto, o questi abbia abbandonato il criminoso progetto per impulso di coscienza, o per compassione, o per timor della pena. Se non che l'art. 77 eccettua la trama, e l'art. 134, l'alto tradimento. Quando per altro i motivi del prenonominato progetto (103) ristringono l'impunità di questo conato al caso, in cui l'agente abbia onninamente abbandonato il suo disegno, e non solamente per allora; e quando s'ingegnano di giustificare questa disposizione, osservando, che altrimenti l'agente meriterebbe una pena al pari di colui, che fu *suo mal grado* impedito di consumare; si ha diritto di domandare, qual sia l'azione esterna, che s'intende di punire, allorchè a quella, che si eseguiva, è stato realmente rinunziato? Lo Stato in fatti non ha facultà di punire la semplice risoluzione futura, e tanto meno a tenore del progetto di Würtlemberg, che non riconosce neppure la punibilità delle preparazioni di un delitto, le quali sono qualche cosa di più di una incerta risoluzione avvenire. Se non che queste obiezioni hanno più apparenza, che realtà, in quanto che dipendono dal doppio senso dell'espressione *rinunziare* al delitto, o *desistere* dal medesimo. Solo in fatti che si aggiunga all'art. 67 l'avverbio *intieramente*, onde vien determinato il contrapposto fra il vero rinunziare ed il semplice differire, si può senza contradizione punire l'agente pel delitto già intrapreso, ma rimesso per

(102) Knapp Dir. crim. di Württemberg p. 35. Hofacker Annali t. II. p. 254.
(103) p. 47.

la piena esecuzione a tempo più opportuno, mentre sarebbe certamente impossibile il procedere contro di lui per la sua incerta risoluzione futura. E questa disposizione del progetto di Württemberg, trapassata ancora in altre legislazioni, certamente si appoggia a basi giuridiche e politiche; avvegnachè quell' agente, che ha solamente differito l'impresa già incominciata, non meriti, che gli sia assicurata l' impunità. Ma oltre all' effettivo sbigottimento e relativo pentimento, da cui dipende l' impunità dell'agente, che ha desistito dall' intrapreso delitto, si possono immaginare ancora altre circostanze, che rendono almeno dubbiosa l'applicazion dell'art. 67. Quando per esempio l'agente abbia desistito dal delitto per coscienza sopravvenuta della propria debolezza, e della fisica superiorità dell'avversario, o in conseguenza d'un raccapriccio, improvvisamente risvegliato, ed affine all'affetto; si potrebbe opporre, che l' art. 67 del menzionato progetto non è applicabile a simili casi. Poichè per altro non è certo, che l'agente abbia meramente differito l'esecuzione del pravo disegno, egli dovrebbe anche allora esser dichiarato immune da pena.

§. 10.

III. Un' altra condizione della punibilità del tentativo criminoso, in tutti i gradi di esso, secondo il diritto comune si è, che l' opera esterna, diretta a produrre il delitto preso di mira, sia *obiettivamente nocevole.* Imperocchè l' art. 178 della Carolina, a cui si riporta ancora Feuerbach nell' ultima edizione de' suoi elementi, per la punibilità del conato richiede azioni, che servano all' esecuzione del fatto. Un' azione è obiettivamente innocua, quando l' agente per errore fece uso di un mezzo inidoneo a commettere il delitto, o quando si diresse

contro un supposto diritto altrui: come se, per esempio, in vece del medicamento abortivo, o del veleno, diede stolidamente una sustanza affatto incapace di danneggiare; o se una madre arrecò lesioni mortali al suo bambino nato morto, nell' opinione che vivesse; o se un marito, che si propose un adulterio, giacque, senza saperlo, con la sua propria moglie (104). In simili casi, a tenore dell' art. 176 della Carolina, si prenderebbero al più dei provvedimenti di polizia contro l' agente riconosciuto come pericoloso, ma non si potrebbe mai decretare una pena dietro l' art. 178. Con tali mezzi per altro assolutamente inidonei non bisogna confonder quelli, che nelle speciali circostanze del fatto, vale a dire per eccezione, mancarono di efficacia, e riuscirono innocui *in concreto*: come sarebbe se il materiale apposto per produrre un incendio, per contratta umidità, non volesse bruciare, o se la pistola sgrillettata non prendesse. Per distinguere questi casi di specie diversa si può con somma opportunità stabilire, che l'impunità del conato richiede, che il mezzo fosse inidoneo *in abstracto*, ma che all'opposto il tentativo è certamente punibile, quando il mezzo adoperato fu inidoneo *in concreto*, mentre era idoneo *in abstracto*. Con eguale esattezza si potrebbe usare con Pratobeverà il contrapposto di *assolutamente inidoneo* e di *solamente insufficiente*.

Ma rispetto al modo di considerar queste azioni obiettivamente innocue dietro i generali principj giuridici, cioè dal punto di vista legislativo, sono grandemente divise le opinioni de' nostri criminalisti. Mentre in fatti da un lato

(104) Schirach Casi crim. p. 81. e seg. Steltzer Critica del progetto di Egger p. 225. Mittermaier Nuovo arch. di dir. crim. t. I. p. 9. e seg.

Feuerbah (105), **Mittermaier** (106), **Rossi** (107), **Romagnosi** (108), **Pratobevera** (109), **Rosshirt** (110), **Jordan** (111), **Bender** (112), **Heffter** (113), ed altri scrittori, si sono dichiarati per la impunità di simili azioni; **Jenull** (114) al contrario, **Bauer** (115), **Hescher** (116), **Trummer** (117), **Egger** (118), **Lelievre** (119), **Knapp** (120), **Tittmann** (121), **Grolman** (122), **Salcow** (123), **Henke** (124), **Oersted** (125), **Cropp** (126), ed altri, fra i quali anch'io (127), hanno difeso l'opinione opposta, la quale è pur trapassata nella maggior parte dei nuovi codici, e progetti di codici, ed ultimamente è stata riconosciuta come giusta anche nel nuovo progetto di Württemberg p. 38. num. 5. Gli avversarj per vero

(105) Elem. §. 42. In nota.

(106) Nuovo arch. di dir. crim. t. I. p. 138. t. VI. p. 357. t. X. p. 350.

(107) Traité de droit pénal II. 30.

(108) Genesi del dir. di punire §. 746.

(109) Materiali t. VI. p. 358 e seg.

(110) Sviluppo ec. §. 50. Elem. §. 43.

(111) Dissert. cit.

(112) Giorn. giur. gen. 1830 num. 88.

(113) Nuovo arch. di dir. crim. t. XII. p. 279.

(114) Dir. crim. austr. par. I. p. 104. ediz. 2.ª 1820. Nella prima edizione professò il parere contrario.

(115) Elem. §. 71.

(116) Quattro trattati p. 166.

(117) Filosofia del diritto §. 64.

(118) Breve dichiaraz. del dir. crim. austr. t. I. §. 7.

(119) *De conatu delinquendi* p. 373—385.

(120) Dir. crim. di Württemberg p. 36.

(121) Elem. §. 96.

(122) Scienza del dir. crim. §. 34.

(123) Elem. §. 136.

(124) Instituz. par. I. p. 256.

(125) Regole fondamentali. §. 24.

(126) *De conatu delinquendi* §. 43.

(127) Saggi tratt. 10. p. 323—334.

dire si sono studiati di dimostrare con un gran dispendio di acutezza l'impunità di sì fatte azioni: ma la seguente disamina dimostrerà insussistenti i loro principali argumenti, che massimamente si trovano appresso Feuerbach, Mittermaier, Romagnosi e Pratobevera.

1) Per ciò che concerne la nota argumentazione di Feuerbach, si può replicare a ragione, che qui non si tratta di una semplice risoluzione delittuosa, ma di un'azione esterna, diretta ad effettuare il delitto voluto, alla quale è tanto più applicabile l'idea del *conatus delinquendi*, in quanto che l'essenza di fatto del medesimo non richiede di necessità una lesion materiale del dritto. E pochissimo conviene al caso il famoso esempio dell'orante, a cui Feuerbach nella sua esposizione dei delitti notevoli (128) ha consecrato un luogo particolare (129). Imperocchè, quand'anche l'orante credesse, che la Divinità si lascierebbe determinare dalle preghiere a toglier la vita all'avversario di lui, e questo avversario immediatamente dopo la preghiera perisse di morte naturale; non potrebbe dimostrarsi giammai, che fra l'orazione e la morte avvenuta esistesse una connessione causale. Di più volendo ancora supporre, che questa connessione esistesse, l'orante non sarebbe mai altro, che un autore intellettuale, ossia un instigatore della uccisione: e ciò condurrebbe poi nell'assurdo sterminato di considerare Dio come autor fisico del delitto. Quell'esempio ha qualche cosa di comune con gl'incantesimi e con le fatture, in quanto che l'essenza obiettiva di tali supposti reati non si può mai provare: onde conseguita, che il maliardo, ancorchè creda di aver commercio col cattivo spirito,

(128) par. II. p. 98.

(129) Rimbauer fa orazione, perchè la sua amica incinta muoia: ma poichè questo mezzo non gli fa ottenere il suo intento, la ferisce quando è già morta.

non può esser punito per tentativo di malìa. Ma che si può quindi inferire contro la penalità di quegli atti obiettivamente innocui, la cui essenza di fatto è dimostrabile? Da ciò non si deduce nemmeno, che le orazioni, come i pensieri, vadano esenti da ogni gabella.

2) Persuade poco anche Mittermaier quando sostiene, che chiunque non può consumare un delitto (e questo è il caso degli atti obiettivamente innocui) non sia neppure in grado d'incominciarlo. Se questa proposizione s'inverte, essa è verissima; perchè secondo il già detto, nessun delitto può consumarsi, quando non sia stato precedentemente incominciato (§. 2. e 5.). La proposizione all'incontro, con la quale si asserisce, che per poter tentare, cioè incominciare, un delitto, debba potersi ancora perfezionare, prova troppo, e perciò non prova nulla. Imperocchè nel mondo non v'è cosa più comune del cominciar qualche opera, che per cagioni fisiche o psicologiche non si possa poi perfezionare: e l'incapacità di commettere un delitto può anch'essere meramente relativa; chè niuno vorrà disputare della possibilità di un conato punibile, esempigrazia, nel caso, in cui un *impubes* tentasse di commettere un *delictum carnis*, e per cause fisiche non lo potesse eseguire.

3) L'obiezione del Romagnosi, che dichiara nel nostro caso superflue le comminazioni penali, perchè le leggi di natura guarentirono al minacciato una sicurezza assoluta, ha lo stesso difetto di provar troppo. Allora in fatti anche l'uso di mezzi insufficienti, cioè inidonei *in concreto*, per lo scopo criminoso, si dovrebbero dichiarare immuni da ogni pena; perocchè le leggi di natura anche in questo caso guarentiscono al minacciato una sicurezza assoluta, e più efficace di qualunque comminazione penale. Il Romagnosi per altro si è ingegnato di sostener la sua tesi dicendo, « che, quando una causa fisi-

ca ha reso impossibile l'esecuzione di un delitto tentato, dal fatto dell'agente non nasce pericolo alcuno per la società civile, alla quale non compete perciò il diritto di punire; perchè le leggi inalterabili della natura sono più efficaci di qualunque minaccia penale per assicurare da ogni offesa. Punire l'agente per causa della sua cattiva disposizione non sarebbe giusto; perocchè nè egli, nè altri, che tentassero un delitto con tali mezzi assolutamente inefficaci, porrebbero in pericolo la società. Che se si teme, che l'agente possa eseguire in futuro un delitto con mezzi più efficaci, allora si punirebbe in vista di possibili delitti futuri. Ma quando si presentasse veramente alla società un così fatto pericolo, le competerebbe solamente il diritto di prendere contro il delinquente futuro dei provvedimenti preventivi, che non hanno nulla di comune con la punizione del tentativo. Allorchè all'incontro l'esecuzione fu interrotta da una maniera di agire affatto accidentale e fortuita delle leggi fisiche, il tentativo può essere giustamente punito; perchè se l'agente, od un altro individuo ripetesse quella medesima azione, che nel caso precedente rimase senza effetto per cagioni onninamente casuali, la società potrebbe ragionevolmente temere l'ingiusto danno (130) ». Questa argumentazione per altro, tuttochè acuta, è inconseguente; perocchè per punire l'agente non è già necessario, che dal delitto casualmente andato a vuoto si possa con certezza dedurre, che egli od altri commetterà una simile scelleratezza. Se ciò fosse, si verrebbe a punire l'agente pe' suoi delitti futuri meramente possibili. L'intraprendere un delitto con mezzi assolutamente inidonei, o con mezzi semplicemente insufficienti, è, rispetto alla punibilità od all'impunità, la stessissima cosa.

(130) V. la genesi del diritto di punire parte IV. lib. 2. cap. 2. e 3.

4) Il Pratobevera sostiene l'impunità degli atti obiettivamente innocui, perchè una violazione di legge non consiste soltanto nell'intenzion dell'agente, ma ancora nella qualità obiettiva della sua azione. Questo scrittore crede, non potersi affermare, che l'intenzione chiaramente dimostrata con l'atto esterno, ossia il dolo, basti a constituire il conato, e che questo abbia un'essenza di fatto diversa da quella del delitto, che si sarebbe voluto consumare. Anzi egli reputa, che al dolo si debba aggiugnere essenzialmente un'azione obiettivamente pericolosa, cioè tale, che sia altamente pregiudicevole alla società, un male in somma, il quale o sia nato, o possa facilmente nascere. Io tralascierò di considerare, che questa argumentazione, certamente ingegnosa, piuttostochè sui generali principj del dritto, si fonda sullo spirito del codice penale austriaco, e specialmente sull'art. 7., il quale non si contenta, come le leggi precedenti, della semplice manifestazione dell'interno proposito, o della sola preordinazion del delitto, ma richiede ancora un'azione, conducente all'esecuzione effettiva (§. 8.). Prescinderò dall'osservare, che l'interpretazione del suddetto art. 7. è sommamente controversa, avvegnachè Jenull segnatamente ed Egger lo spieghino affatto altrimenti, e, per quanto pare, più giustamente. Non mi occuperò finalmente di rilevare, che, per esser conseguenti, non si poteva fare alcuna differenza fra l'uso di mezzi inidonei, o meramente insufficienti; perchè la qualità obiettiva dell'azione è palesemente la stessa nell'un caso e nell'altro. Ma ciò non ostante bisogna affermare contro Pratobevera, che non si può ammettere illazione dal delitto consumato al tentato; perchè il conato, del pari che l'instigazione e il soccorso, ha un' essenza di fatto per sè stante, e perciò indipendente dai caratteri della consumazione. Dove perciò si domandi, se il legislatore debba fermare il prin-

cipio, che il delitto tentato si punisca allorchè solamente ne soglia, od almeno ne possa derivare al comune un danno materiale, fa d'uopo rispondere assolutamente di no; perchè in ogni grado del conato predomina il punto di vista subiettivo, e perchè l'errore o la stoltezza dell'agente, o la semplice impossibilità naturale di consumare il delitto voluto, anzichè sopprimere la punibilità, appartengono piuttosto a quegli atti, dalla cui esecuzione l'agente fu impedito *suo mal grado*, e che son degni di pena.

Per puntellare questa opinione si può ricorrere ancora al Romagnosi, non ostante che egli difenda la tesi contraria. Questo scrittore in fatti osserva molto ingegnosamente (131), che il non volere, o il non potere sono le sole cagioni, capaci d'impedire la consumazion di un delitto. Il non volere deriva sempre da una mutazione avvenuta nell'animo dell'uomo, o in virtù d'un ordine d'idee affatto interno, o in virtù di cause esterne, che determinarono la volontà a cambiarsi, come esempigrazia quando il ladro è sorpreso, e prima di poter rubare s'invola. Nel primo caso l'esecuzione del fatto viene interrotta da cagioni puramente interne, o psicologiche; nel secondo all'incontro il tralasciamento procede da una causa esterna non imputabile, che per altro si distingue dal non potere, cioè da una circostanza, per cui divenga fisicamente impossibile all'agente di commettere l'atto voluto, e che può avere la sua origine o in una resistenza invincibile, o in una forza maggiore di quella dell'agente (come se questi venisse legato, o racchiuso), o finalmente in una mancanza sopravvenuta di vigore nelle facoltà esecutrici di lui. Fintantochè è possibile all'agente di superare il fisico impedimento, che si è opposto; la

(131) l. c. parte IV. lib. 1. cap. 7.

desistenza dee sempre attribuirsi alla sua volontà, e quindi ha luogo l'impunità. Ma se l'impedimento è insuperabile; allora dipende unicamente dalla forza di questo, che il delitto non si consumi, e perciò l'agente è punibile. — Ora si potrebbe egli, dietro questa deduzione, dubitare, se le azioni obiettivamente innocue appartengano alla categoria del non volere, o non piuttosto a quella del non potere? E così non si viene in qualche maniera il Romagnosi a confutar da sè stesso (132)?

§. 11.

Il diritto comune non richiede che i requisiti finqui sviluppati (§. 8. — 10.) per la penalità del conato. E le moderne legislazioni gli hanno in più d'una guisa ristretti (§. 9. verso il fine e §. 10), e d'altra parte ancora non poco allargati (§. 8.).

IV. Dietro i principj generali del dritto il Rossi (133) aggiugne a queste condizioni della penalità del conato, che l'idea del delitto tentato, considerato come consumato, deve appartener solamente ai reati di molta gravità. Imperocchè nei reati leggieri l'interesse, che prende la società nella punizione del tentativo, è sì piccolo, e la pena così lieve, che è molto più opportuno l'astenersi dal procedere criminalmente per conati di questa specie. Il Rossi riporta a questa categoria il furto, e la frode comune (in contrapposto alla falsità) del pari che certi

(132) Si potrebbe qui osservare, che l'uso di mezzi innocui creduti nocevoli non appartiene a rigore nè alla categoria del non volere, nè del non potere, ma bensì a quella del non sapere: la quale per altro, tuttochè non si debba forse confondere nè con la prima, nè con la seconda, è più affine a quella, che a questa. N. d. T.

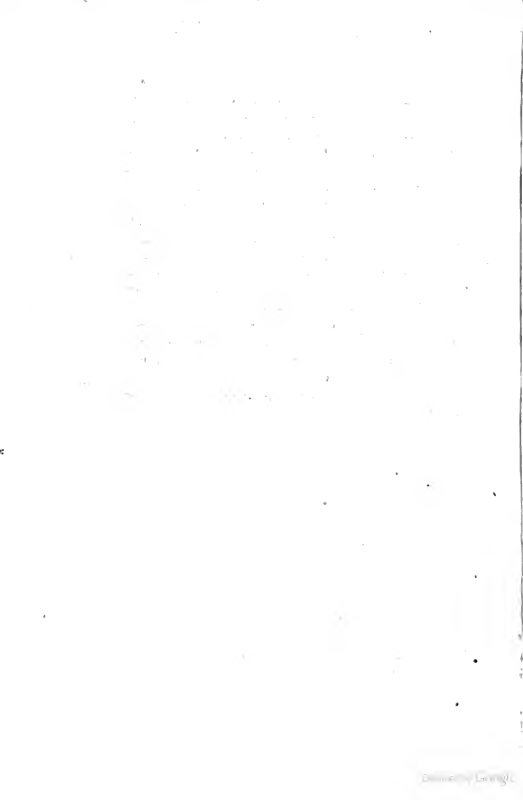
(133) l. c. II. 31.

altri reati, i quali colpiscono il più sacro interesse della vita interna della famiglia, e nei quali sarebbe insieme crudeltà ed imprudenza punire il conato: esempigrazia nell'adulterio, nella violenza in femmina, e nelle ordinarie violazioni del pudore. Questa è la teorica seguitata ancora dal codice penale francese, il quale punisce assolutamente il conato nei crimini, e nei delitti solamente per eccezione, ma che contiene l'inconveniente di distinguer gli uni dagli altri mediante la sola qualità della pena, e non per ragioni interne. Le moderne legislazioni germaniche non distinguono, rispetto alla penalità del conato, i reati gravi dai leggieri; ma rispetto ai *delicta carnis* ed a quelli affini, come sarebbe il ratto, hanno adottato un altro spediente, che conduce al medesimo risultato, determinando, che per simili casi non si proceda *ex officio*, ma bensì a querela di parte: in conseguenza di che il conato viene ad esser punito solamente per eccezione (134). Ma la convenienza di questo principio non è fuori di controversia (135).

---

(134) Motivi del cod. di Würtlemberg p. 68.

(135) Sono per questa opinione Gönner nel nuovo arch. di dir. crim. t. VII. num. 17. Mittermaier ivi t. VI. p. 645, t. X. p. 267. anno 1834 fasc. 2. p. 266—268. Professano la contraria opinione Oersted Nuova contribuz. p. 270, Spangenberg Nuovo arch. ec. t. IX. p. 247., Trummer Filosof. del dir. p. 100—103 ec. ec.

IV.

INTORNO ALLA DOTTRINA DEL FAVOREGGIAMENTO DEI DELITTI (DISSERTAZIONE DI *SANDER*, ESTRATTA DAL TOMO XIX FASC. 3, E DAL TOMO XX. FASC. 2, E 3 DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE, ANNO 1838, E 1839).

§. 1.

INTRODUZIONE.

Cicerone, parlando dello Stato, disse giustamente, che qualunque investigazione d'un obietto massimamente scientifico dee prender le mosse dal dichiarare l'idea e la denominazione di esso, ad effetto di evitare gli equivoci. Ma sebbene non si dissenta sul nome della cosa, onde ci proponiamo di ragionare, non potrà riuscire che malagevole l'accordarsi intorno all'idea ed all'essenza del favoreggiamento dei delitti, perchè in tutto il diritto penale non vi è forse materia, che sia più incerta e più controversa di questa. Si leggano tutti i moderni compendj della scienza, ed in Tittmann, in Martin, in Rosshirt, in Waechter, ed in Feuerbach (pubblicato da Mittermaier) si troverà diversamente designato il tenore di questa idea. La determinazione della quale torna tanto più difficile, in quanto che i moderni progetti di codici penali, e principalmente quello pel Granducato di Baden, pigliano a designare il favoreggiamento, siccome un reato speciale, o *sui generis*, senza per altro negare la sua generale natura, onde ne trattano nella parte generale, immediatamente dopo la partecipazione al delitto. Or se si

cerca di fermare nel modo più generale possibile l'idea del favoreggiamento, si dovrà sotto di esso intendere quel fatto, col quale taluno, dopo che l'azion criminosa è stata consumata da un altro, si pone scientemente, rispetto al delinquente, o al successo del delitto, in una relazione, in cui presta appoggio e facilità al delitto medesimo, od a chi lo commise. Se non che appunto questa generalità non è sufficiente a fornire l'intiera idea del favoreggiamento, e a descrivere esattamente i confini, che lo separano da altri fatti consimili del diritto penale. Laonde per giugnere ad una compiuta e precisamente definita nozione del favoreggiamento, reputo necessario richiamare ad esame le norme vigenti del diritto comune, che lo governano, ed investigare la sua essenza giuridica, e le varie guise, in cui si presenta.

§. 2.

Disposizioni del diritto romano rispetto al favoreggiamento.

Il principale frammento (1) della collezione giustinianea, collegato con altri passi relativi al favoreggiamento (2), dimostra, che il diritto romano considerò l'occultazione del delinquente, o la custodia d'una cosa, acquistata per via d'un delitto, come un'azione punibile,

(1) L. 1. D. *de recept.* (Marcianus) « *Pessimum genus est re- « ceptatorum, sine quibus nemo latere diu potest. Et praecipitur, « ut perinde puniantur atque latrones. In pari causa habendi « sunt, quia (al. qui) cum adprehendere latrones possent, pecu- « nia accepta, vel subsceptorum parte, demiserunt* ».

(2) L. 2. D. eod. L. 48. §. 1. D. *de furtis*. L. 1. pr. D. *de servo fugit.* L. 11. in f. D. *de servo corrupto.* L. 3. §. 3. D. *de abigeis.* L. 9. Cod. *ad L. Jul. de vi.* L. 1. 2. Cod. *de his qui latron. occult.* Pauli S. R. V. 3. §. 4.

all'autor della quale si diede il nome di *receptator*. Dall'essere stato inserito nei digesti un titolo a parte *de receptatoribus*, conseguita, che il ricettatore si punì come colpevole d'uno speciale delitto, e non già quale ausiliator del reato, rispetto al quale si contaminò di ricettazione. Dalla L. 1. D. *de receptator.*, che equiparò la pena di chi ricetta il ladrone a quella del ladrone medesimo, e specialmente dalla L. 9. Cod. *ad L. Jul. de vi* — *non dissimile est rapere et raptam rem serrare* — si potrebbe in vero inferire l'eguaglianza del delitto, per modo che il ricettatore si debba considerare come un partecipante al delitto, e sottoporre alla medesima pena. Ma dalla L. 3. § 3. D. *de abigeis* risulta, che il ricettatore si colpiva con una pena speciale, cioè con la *relegatio extra terram Italiae decem annis*, mentre l'*abigeus*, secondo la L. 1. D. h. t. *durissime, idest ad gladium damnari solet*: dal che si deduce, che la ricettazione fu sempre considerata come un particolare delitto, il cui castigo nel difetto di norme speciali, si regolava secondo la pena di quel delitto, in cui si era verificata.

Per ciò che concerne il modo di commettere il delitto di ricettazione, la maggior parte dei testi citati parlano solamente del caso, in cui il ricettatore accolga ed occulti il delinquente, o gli presti soccorso a fuggire. Ma la L. 9. Cod. *ad L. Jul. de vi* discorre espressamente ed unicamente della custodia di un oggetto rubato, prestata con cognizion del delitto; onde apparisce, che tanto la ricettazione del delinquente, quanto quella delle cose provenute dal delitto, basta ad imprimere sul colpevole il carattere di *receptator*. Si rileva per altro dalla L. 48. §. 1. D. *de furtis*, che a constituir pienamente la ricettazione punibile si richiede un occultamento e ricevimento effettivo del delinquente, o delle cose rubate; perocchè, secondo questo passo, si punisce alla pari del ladro soltanto

quis furem celet, e non già *quis furem novit, sive indicet eum, sive non indicet*. Onde si prova, che il diritto romano non richiedeva generalmente la denunzia del delinquente conosciuto, e che il tacer solamente il nome di lui, od il luogo della sua dimora, senza cooperare all'occultazione della sua persona, non era un fatto punibile. Per altro non si può dimostrare, che il diritto romano, per punire la ricettazione, esigesse ripetuta più volte l'occultazione d'un delinquente, o di cose provenienti da un delitto; anzi dai passi citati conseguita fuor di dubbio, che anche la prima, e l'unica ricettazione bastasse a sottoporre l'agente alla pena dei ricettatori. Bensì dalla L. 2. D. *de receptator*. si raccoglie, che ancora il diritto romano riconosceva la parentela col delinquente qual causa di attenuare la pena, conforme fanno i moderni progetti di codici criminali.

§. 3.

Disposizioni della Carolina intorno al favoreggiamento.

Se la Carolina contenga in generale una qualche norma intorno al favoreggiamento, è cosa controversa: ma noi mostreremo, che l'opinion di coloro (3), che lo negano è da preferirsi. Imperocchè presupponendo, come si dee, che il diritto romano punisse il favoreggiamento, come un reato particolare di *receptatio*, è fuor di quistione, che la Carolina non lo rammenta almeno sotto il medesimo aspetto. E qui si vuole specialmente notare, che la detta costituzione germanica nelle sue estese disposizioni sopra il furto non fa menzione del ricettatore del ladro, sebbene sia più antico di Carlo V il proverbio

(3) V. Martin §. 73.

— il ricettatore è da quanto il ladro — e da ciò si possa dedurre, che ai compilatori ed ai consigliatori della Carolina non fosse ignota l'idea di favoreggiamento, e massimamente quella di ricettazione del rubatore e delle cose rubate. Se eglino pertanto conobbero questa idea, e non la inserirono nelle disposizioni che compilalavano ; conseguita, che la volessero lasciar fra le regole del diritto romano. Quando si volesse ammettere, che gli articoli 177. e 42. della Carolina si riferiscano, come affermano alcuni, al favoreggiamento; bisognerebbe desumerne ancora, che la detta constituzione cangiasse la natura giuridica di quel fatto, anteriormente considerato come un reato particolare, e che lo volesse qualificare generalmente per una partecipazione al delitto, al quale tien dietro; perocchè è indubitato ed indubitabile, che questi due articoli, e singolarmente l'articolo 177. parlano generalmente di partecipazione al delitto. Ma questa necessaria conseguenza apparisce azzardata di per sè stessa, ed anche maggiormente, se si prendano a contemplare i predetti articoli. L'art. 177, che parla di aiuto, soccorso, e giovamento, prestato ai delinquenti, si riferisce chiaramente alla partecipazione effettiva al delitto, e precisamente *ad exercendum facinus*. Ma la differenza capitalissima tra favoreggiamento e partecipazione consiste appunto in questo: che il primo presuppone la intiera consumazione del delitto, mentre la seconda deve almeno contribuire a consumarlo. E perciò, se l'art. 177. parla di soccorso prestato ad *exercendum facinus*, esso prende solamente di mira la partecipazione effettiva nel delitto che si eseguisce, e non già il favoreggiamento somministrato ad un delitto già eseguito. Per contradire a questa dottrina si sostiene, che l'art. 42. tratta di veri favoreggiamenti prestati ai delitti, cioè di occultazione di delinquenti, e di oggetti rapinati e involati, e che, riconoscendo questi fatti,

come soccorsi somministrati alla rapina ed al furto, viene a riporre il favoreggiamento nella partecipazione al delitto. Dove per altro si consideri la posizione dell'art. 42., è facile ad accorgersi, che esso non mira a designare le idee dei delitti, ma che insieme con gli articoli precedenti e susseguenti intende solamente a determinar certi fatti, come fondamenti di sospetto di un delitto, che si debbono riputare bastevoli a sottoporre alla tortura. Si avverta inoltre, che il menzionato articolo, in luogo di stabilire, che le dette azioni si puniscano come favoreggiamenti del delitto, dichiara anzi, che di per sè non sono sufficienti a produrre una pena, ma solamente a constituire un indizio di partecipazione al reato (4).

§. 4.

Se il favoreggiamento possa riguardarsi in generale come un atto punibile.

Si pensi ciò che si vuole delle disposizioni del diritto romano e della Carolina intorno alla presente dottrina, farà d'uopo concedere ad ogni modo, che esse sono molto indeterminate ed incerte, e che pochissimo o nulla stabiliscono sull'essenza del favoreggiamento, sulle maniere, in cui si presenta, e sul fondamento ed il grado della sua punibilità secondo i generali principj del diritto penale. Investighiamo dunque, se in generale il favoreggiamento si debba annoverare fra gli atti punibili: per la quale ricerca fa d'uopo anzi tutto, che ci poniamo d'accordo sul carattere generale, che gli atti di favoreggiamento debbono avere, per esser degni di pena. Or sì fatto

(4) Si confrontino col citato art. 42 anche gli art. 21. e 22. della Carolina.

carattere si potrà contrassegnare dicendo, che gli atti di favoreggiamento debbono essere stati eseguiti solamente dopo l'avvenimento del reato, col quale hanno relazione; intrapresi dietro cognizione del delitto commesso; e diretti ad assicurare il successo del maleficio, o a soccorrere al delinquente. Se in fatti fossero stati eseguiti avanti l'avvenimento del reato, potrebbero esser puniti soltanto come partecipazioni al medesimo: se fossero stati eseguiti senza cognizion del delitto, potrebbero al più soggiacere a una pena, come reati per sè stanti: e se finalmente non fossero stati diretti a prestar soccorso al commesso delitto, o alla persona del delinquente, mancherebbe loro l'ingiustizia dell'intenzione, che li rende essenzialmente punibili. La misura poi della loro penalità dovrà esser sempre ristretta; perchè il delitto non fu provocato, nè portato a compimento da essi, onde il fautore non può esser punito di un fatto avvenuto senza sua cooperazione, ma merita pena, solamente perchè la sua azione ha un carattere pericoloso per lo stato giuridico. Quando poi si presupponga, secondo i migliori dettami del diritto razionale, ed i principj generali del comun diritto criminale germanico, che un'azione è punibile, solamente allorchè viola una positiva obbligazione del cittadino ad ometterla; ci persuaderemo, che son degni di pena que' soli favoreggiamenti, che sono stati positivamente intrapresi in relazione ad un delitto, o ad un delinquente, e che quelli denominati negativi, consistenti nel non impedire il delitto imminente, e nel non denunziare il delitto avvenuto, e il delinquente conosciuto, vogliensi lasciare impuniti, perchè non sono realmente compresi dentro la periferia dell'idea, che andiamo sviluppando. La persecuzione e la punizion dei delitti vuolsi considerare come una delle primarie e più necessarie incumbenze dello Stato, cioè della riunione degli uomini in società giuridica: e i cittadini, che la for-

mano, hanno il dover giuridico di non difficultare, nè impedire la pubblica attività, che si dispiega per corrispondere a tanto ufficio. Ora, se un cittadino favorisce positivamente l'occultazione e l'impunità di un delitto, commette un'azione ingiusta in sè stessa, che lo Stato ha ragion di punire, come una violazion dei doveri del privato verso di lui. Quanto è facile dedurre dalla natura della cosa, che sono degni di pena i favoreggiamenti diretti all'occultazione di un delitto; altrettanto è difficile il ravvisare la penalità di un'altra classe di atti, che si sogliono generalmente riportare a questo capo, di quelli cioè, per cui il fautore non fa che partecipare, come dice Feuerbach (5), agli utili del delitto, o per cui, secondo l'espressione di alcuni progetti di codici penali (6), taluno acquista gli oggetti guadagnati col delitto. Per fondare la penalità di questi favoreggiamenti si può addurre, che dee considerarsi come violatore punibile del diritto quel cittadino, che trae vantaggio dal danno arrecato criminosamente ai proprj concittadini, acquistando per esempio a basso prezzo gli oggetti involati. Se in fatti egli sa, che quelle cose sono rubate, e nondimeno le acquista a basso prezzo, dimostra la propria approvazione del delitto, e con un atto ingiusto in sè stesso promuove il suo proprio interesse, dando così a conoscere, che, se non ha il coraggio e la destrezza del ladro, racchiude per altro un animo egualmente cupido d'ingiusto guadagno. Ma, tuttochè l'approvazion d'un reato sia certamente un fatto immorale, è d'uopo riflettere, che il delitto è già consumato, e che con l'approvarlo, e col trarne profitto, non si contribuisce menomamente a commetterlo. E lo Stato ha da esercitare

(5) Elem. pubblicati da Mittermaier §. 53.

(6) Prog. di Würtemberg art. 83. num. 3. Prog. di Baden §. 120. num. 3.

il diritto di punire per la commission dei delitti, non per loro approvazione; perchè altrimenti potrebbero esser colpiti di pena anche gli atti i più innocenti, segnatamente in materie politiche. Sia pur conforme alla giustizia, che niuno possa trarre vantaggio dall'altrui pregiudizio: qui per altro non si presenta alcun fatto, che sia punibile in sè medesimo, a meno che non si volesse criminalmente perseguitare una moltitudine di affari, che si presentano nel quotidiano commercio. Ancorchè la cosa guadagnata provenga da un delitto commesso a carico altrui, pure all'atto del guadagno di essa non si può imprimere il carattere di un reato punibile. Dopo che in fatti il delitto è intieramente consumato, un affare giuridico, lecito in sè stesso, conchiuso sull'oggetto del delitto, può essere tanto meno un'azione punibile, in quanto che non ne seguita, che l'agente godesse dell'avvenuto reato, e lo approvasse. Può darsi, che il fatto criminoso fosse del tutto indifferente per lui, e che la sua mira fosse unicamente diretta a trar profitto dalla cosa offertagli. Oltracciò l'utile, che si può ricavare dal delitto commesso da un altro, è così diverso di forma e di quantità, che riesce impossibile colpirlo di pena come vantaggio proveniente da un reato. E quando si pensi, che nel furto, dove questa specie di favoreggiamento si presenta spessissimo, intercede una grandissima differenza fra colui, che compra la cosa rubata per un prezzo che non involge lesione, e colui che beve un bicchiere di vino involato, converrà rinunziare all'idea di riferir tali azioni ad un vantaggio proveniente dal delitto. Nientedimeno certe azioni, dirette a conseguire e ad assicurarsi l'utile del reato, saranno pur di tal indole, da contenere ad un tempo un'occultazione del delitto, o del delinquente. Talora per esempio la cosa rubata, e comprata dalle mani del ladro, si nasconde, si trasforma, si pone in uno stato, che ne impedisca il riconoscimento, o si trasporta in luo-

ghi remoti. Talora il compratore, consapevole del proprio torto, fornisce al delinquente appoggio e ricovero: nel qual caso concorre tutto ciò che dee concorrere nel fautore, che presta soccorso al delinquente, ad effetto di nasconder lui ed il delitto. In chi fa questo, per conseguire il proprio vantaggio, si troverà certamente una maggiore immoralità, che in quel fautore, che aiuta il delinquente per compassione, o per timor di vendetta, e perciò si presenterà un giusto motivo di punire più severamente il primo, che il secondo. Ma il criterio della loro penalità, piuttostochè dalla ragion del vantaggio ritratto dal reato, dipenderà sempre dal riflesso, che simili azioni ascondono il delinquente o il delitto, e che sì fatta occultazione od è lo scopo delle medesime, o il mezzo di conseguire un profitto. Il profitto allora diventa causa aggravante la pena del favoreggiamento, e, dove questo si converta in mestiere, può imprimere nell'azione il carattere d'un reato per sè stante, come sarà mostrato più sotto.

§. 5

Se i favoreggiamenti si debbano riguardare come partecipazioni al delitto commesso, o come atti criminosi particolari.

Per lungo tempo si è riputato quasi generalmente, che il favoreggiamento fosse una partecipazione al delitto, alla quale si è dato il nome di partecipazione susseguente. Ma i criminalisti ed i codici penali moderni hanno rinunziato a questa idea, ed intendono per favoreggiamento un atto criminoso particolare, senza farne per altro un delitto nominato per sè stante. E non è dato ragionevolmente impugnare, che il favoreggiamento non possa in alcuna maniera considerarsi, qual partecipazione

al reato. Si è avvertito più volte, che il carattere essenzialissimo del favoreggiamento di fronte ad altri atti punibili consiste in questo: che il delitto favorito debb'essere stato consumato avanti il fatto, che gli presta favore. Ora per partecipazione ad un delitto si dee necessariamente intendere quell'azione, che in qualche maniera coopera all'avvenimento delittuoso, e lo aiuta. E siccome la partecipazione può riferirsi alla risoluzione dell'agente a delinquere (esempigrazia eccitandolo), oppure all'esecuzione delittuosa (esempigrazia prestandogli un'assistenza cooperativa); così debb'esser sempre diretta a produrre il reato: nè si può concepire la possibilità di prender parte nella risoluzione e nella esecuzione di un atto, che quando questi due fattori, e specialmente l'ultimo, non hanno ricevuto il loro compimento. Ma il favoreggiamento presuppone la piena esistenza dell'azione delittuosa; dunque la sana logica non permette di considerarlo come partecipazione al maleficio precedentemente compiuto. Persino quei maleficj, che per la loro consumazione richiedono un determinato successo, possono ricevere favoreggiamento solamente allorchè quel successo non è ancora accaduto; per modo che un'azione intrapresa a loro riguardo, anche dopo il fatto criminoso, conserva il carattere di soccorso, se fu diretta a produrre il menzionato successo. Del resto è giuridicamente e fisicamente impossibile il partecipare ad un atto già consumato: e quando un fatto, che in qualche modo si riferisce ad un'azione già compiuta, è punibile di per sè stesso, può esser bensì un reato particolare, ma non mai una partecipazione al delitto. Inoltre, dove si consideri la direzione affatto diversa dell'intenzione dell'ausiliatore e del fautore, si potrà tanto meno ritrovar nel secondo l'indole del primo. Ancorchè in fatti si voglia concedere, che l'ausiliatore non abbia un proposito ingiusto pari a quello dell'autore; pur deve

aver cognizione del delitto, che sta per commettersi, e cooperare ad effettuarlo. Ma l'intenzione del fautore è di tutt'altra specie. Egli mira solamente ad occultare il delitto avvenuto, perchè non venga sottoposto alla pena, o a procurarsi una ricompensa di sì fatta occultazione. Il delitto consumato non è lo scopo, ma l'oggetto dell'azione di lui. Se dunque il favoreggiamento, nè dal lato della sua esecuzione, nè da quello dell'ingiusto proposito, può riputarsi una partecipazione al già commesso delitto, si può dimandare, qual posto meriterà fra le azioni delittuose. Alla qual ricerca non si può sodisfare, che assegnando un nuovo posto nella partizion dei reati al favoreggiamento, che da poco tempo è stato separato dalla partecipazione, e riguardato come un delitto speciale.

Martin (§. 73) vuole, che il favoreggiamento venga valutato per un delitto per sè stante di polizia: e siccome si conviene, che il fautore si proponga di occultare il delitto, di difficultarne la persecuzione, e di procurare l'impunità al delinquente; così è giusto riputarlo, sotto questo punto di vista, come violatore dello stato generale giuridico, e responsabile d'un reato di polizia. Se non che nella maggior parte dei casi non è menomamente e solamente diretto a nascondere il delinquente e il delitto, ma a trarre un guadagno dalle cose acquistate col maleficio, o dal maleficio medesimo. Per ottenere questo vantaggio, egli cela il delinquente, e ricetta gli oggetti criminosamente acquistati. L'occultazione, e la ricettazione del malfattore e del maleficio, non è il fine della sua azione, ma solamente il mezzo di conseguire e d'assicurarsi un ingiusto profitto: e, se il fine e l'intenzione dell'atto dee nel diritto penale determinarne la relazione; fa d'uopo riconoscere, che il favoreggiamento si connette così da vicino col delitto commesso contro i

singoli, che non si dee separare da esso, per farne un reato indipendente.

D'altra parte si trovano nel diritto civile degli affari giuridici, che hanno un carattere particolare e proprio nel nascere e nel presentarsi, e che pur non sussistono di per sè soli, ma solamente come annessi ad un altro affare giuridico indipendente. Questi sono i patti accessorj, che si distinguono dai principali, e loro si contrappongono. Ora il favoreggiamento ha la stessa posizione nella giurisprudenza criminale. Esso è veramente una particolare azione punibile, ed affatto separata dagli atti delittuosi per sè stanti: ma non è possibile immaginarla di per sè sola. Nasce solamente in virtù della sua connessione con un reato per sè stante, e della sua dipendenza da questo, ed è quindi un delitto accessorio a quello favoreggiato, che si dee giudicare come delitto principale. Nella sua natura di delitto accessorio si può presentare in tutti i maleficj per sè stanti: e come si può dare cauzione di cauzione, così ancora favoreggiamento di favoreggiamento. È governato da principj proprj nella sua essenza di fatto, e nella sua penalità: ma non può esistere senza un altro delitto per sè stante, a cui si riferisca. Vive e si dilegua insieme col delitto principale; cosicchè il favoreggiamento di un fatto, il quale non sia di per sè un' azione punibile, nè si possa ravvisare come un delitto principale, non può mai soggiacere a pena criminale. E se si presenta un' azione punibile, affine al favoreggiamento, la quale abbia il carattere assoluto d'un reato per sè stante, non è un vero favoreggiamento, ma un delitto principale. Laonde questa qualità di delitto accessorio è nel medesimo tempo il carattere logico del vero favoreggiamento.

§. 6.

Essenza di fatto del favoreggiamento secondo i dottori e le leggi moderne.

A stabilire compiutamente l'essenza di fatto del favoreggiamento nel rispetto obiettivo e subiettivo, sarà necessario prima di tutto richiamare l'attenzion dei lettori a ricordare, che le semplici omissioni d'impedimento di delitti imminenti, e di denunzia di delitti avvenuti, non appartengono alla presente disamina. Esse sono per vero dire affini al favoreggiamento, perchè hanno parimente la natura di delitti accessorj, e riesce talvolta difficile il distinguerle dal medesimo: ma ciò non ostante è dato scoprire il carattere, per cui si separano fra di loro. Dove in fatti si rifletta, che la semplice permissione di un atto data al delinquente, esempigrazia di ricoverarsi in casa, dipende dall'elezione e dalla licenza del ricoverante, e che l'omissione di denunzia o d'impedimento di un delitto, allorchè uno vi sia officialmente obbligato, è punibile solamente come una mancanza d'uffizio, ci convinceremo, che il favoreggiamento richiede sempre un'azione positiva. Ma le condizioni della essenza di fatto di questo reato accessorio sono state diversamente stabilite così dai dottori, come dai codici moderni. Feuerbach appella fautore colui, che contribuisce al delitto dopo che è stato già consumato, e poscia riporta alcuni atti, che si debbono riputare favoreggiamenti. Mittermaier all'opposto nella sua edizione degli elementi di Feuerbach crede straniera alle leggi questa definizione, ed insegna, che sono favoreggiamenti certe azioni, casualmente connesse con un delitto avvenuto, e dichiarate punibili dal diritto vigente, le quali constituiscono un reato speciale, in quanto non fu-

rono precedentemente concertate col delinquente, nè dirette a fargli conseguire il successo dell' azion criminosa. Il codice penale bavaro nell'art. 84. riconosce colpevole di favoreggiamento colui, che dopo il compimento della trasgressione soccorre, in proposito della medesima, al malfattore mediante un' azione od una omissione indoverosa, semprechè non gli abbia promesso un tale aiuto avanti la consumazione del fatto: e negli articoli 85. e 86. riporta alcune azioni, che sono di favoreggiamento. Il progetto di Würltemberg dichiara fautore colui, che dopo la compiuta esecuzione del fatto criminoso, e relativamente al medesimo, presta assistenza agli autori, ovveró agli ausiliatori, purchè non avesse promesso questo soccorso avanti la consumazione. Quindi è reo di favoreggiamento 1) chiunque scientemente ricetta il delinquente presso di sè, lo nasconde, o gli fornisce il modo di fuggire; 2) chiunque lo aiuta a sopprimere le traccie, o le prove dell' azione delittuosa; 3) chiunque scientemente riceve le cose acquistate per mezzo del maleficio, le nasconde, le compra, o le spaccia ad altri. Finalmente nel progetto di Baden si riconosce responsabile del reato particolare di favoreggiamento colui, che, senza concerto anteriore col delinquente, gli presta scientemente, dopo il compimento del fatto, un soccorso relativo al delitto, od agevolandogli il conseguimento o il godimento dei vantaggi, derivanti dal maleficio, od aiutandolo a frustrare la persecuzion giudiciale. Quindi è reo di favoreggiamento 1) chiunque scientemente ricetta, e nasconde i delinquenti, o procura loro i mezzi di fuggire; 2) chiunque intenzionalmente soccorre ai delinquenti, cancellando le traccie, o le prove del delitto, o cooperando a cancellarle; 3) chiunque riceve scientemente in custodia le cose guadagnate col delitto, le asconde, le acquista, o procura di spacciarle ad altri.

§. 7.

Osservazioni sopra le predette determinazioni.

Dalle esposte determinazioni chiaramente risulta, che l'idea del reato di favoreggiamento si va formando adesso; perocchè siccome Mittermaier è più compiuto di Feuerbach, così il recentissimo progetto di Baden va più oltre del codice bavaro e del progetto di Württemberg, dichiarando con maggior precisione, che il favoreggiamento è un reato particolare. Nondimeno tutte queste determinazioni, non escluse le più recenti del progetto di Baden, non sono bastanti a porre in chiara luce l'essenza di fatto del favoreggiamento, come si rileva ancora dall'essersi addotti degli esempj ad effetto di renderne evidente l' idea. Quando i codici parlano dell'omicidio precipitato, o del furto, non si trova mai dichiarato, che si renda colpevole del primo delitto chiunque trafigge col pugnale il petto di alcuno, e così gli toglie la vita, o che si macchi del secondo maleficio chiunque trae occultamente il fazzoletto dalla tasca altrui. Ed allorchè nei codici si leggono quelle esemplificazioni, che incontriamo rispetto al favoreggiamento, non si cade in errore concludendone, che il legislatore s' è accorto, che le sue generali disposizioni non sono abbastanza chiare e compiute, e che ha creduto perciò di doverne facilitare al giudice l'intelligenza, e la retta applicazione.

Per ciò che concerne la definizione di Feuerbach, essa è troppo generale, perchè se ne possa desumere, qual sia la specie di contribuzione, che rende fautore l' agente. Anche gli atti, da quello scrittore addotti a dichiarazione del proprio concetto, i quali dovrebbero dimostrare e contenere una tal contribuzione, non ba-

stano a renderla evidente; perchè in essi se ne presentan di quelli (come i diretti a conseguire le utilità del delitto), che sono da riportarsi piuttosto sotto l'aiuto, e perchè si riguardano per favoreggiamenti ancora le omissioni, che ne debbono essere costantemente escluse, se è vero, che l'espressione contribuire contenga sempre un' idea positiva. Ma la volontaria contribuzione ai vantaggi del fatto, riferita da Feuerbach al favoreggiamento, è certamente troppo estesa; perocchè si potrebbe così punire come fautore quel nipote, che sta dugento miglia lontano dal luogo del commesso delitto, ed è affatto ignaro del fatto criminoso, quando voglia acquistare l' eredità d' uno zio, barbaramente ucciso da un altro nipote con l'avida mira di entrare al possesso del suo patrimonio.

La definizione di Mittermaier nella nota al §. 53. degli elementi di Feuerbach si limita a rinviare ai favoreggiamenti, specialmente indicati come punibili dalle leggi, e non fa che sceverarli da quelle azioni, che furon promesse avanti la commissione del fatto, o dirette a far sì, che il delitto ottenesse il suo successo, le quali appartengono all' aiuto, e non al favoreggiamento del maleficio. Siccome per altro questi favoreggiamenti non sono specialmente notati, nè descritti nella loro forma e direzion generale, così non potremo fare in proposito che una osservazione. Il favoreggiamento, secondo Mittermaier, dee consistere in certe azioni, che stanno in connession casuale con un delitto commesso. Assumendo la parola casuale nell'uso generale della favella, si potrebbe intendere, che l' atto favorevole constituisca un favoreggiamento punibile, anche quando non sia stato menomamente intrapreso con l' intenzione rivolta ad un commesso delitto già conosciuto, ma gli abbia meramente prestato un servigio nel suo successo: e

così si potrebbe punire, come fautore, colui, che, senza conoscere il delitto, ha somministrato protezione e soccorso a un delinquente perseguitato, per mezzo di quest' azione casuale. È manifesto, che con la parola casuale non si è voluto esprimere questo pensiero. Essa anzi sembra diretta a significare, che un atto di favoreggiamento non debb' essere stato promesso avanti la consumazion del reato, ma eseguito dopo di questa mediante un concorso casuale del fautore e del delinquente, e diretto a favorire in qualche maniera il delitto conosciuto. Ciò presupposto, la parola casuale altro non fa, che indicare il carattere capitale, onde il favoreggiamento si discerne dall'aiuto, cioè che l'atto del fautore, anche quando vien promesso, o si effettua, si dee riferire ad un delitto già consumato, mentre l'ausiliatore coopera in qualche guisa a produrre il maleficio.

Il codice penale bavaro, partendo, come ben si comprende, dall'opinione di Feuerbach, annovera tra i favoreggiamenti le semplici omissioni (esempigrazia la non fatta denunzia del delinquente conosciuto), le quali debbono esserne affatto separate, e solamente nell' art. 85. adduce alcune azioni, che rendono fautore chi le commette. Ma nel precedente art. 84. dichiara generalmente colpevole di favoreggiamento colui, che mediante un'azione od una omissione indoverosa, relativa alla trasgressione avvenuta, presta servigio ad un malfattore dopo l'esecuzione del maleficio. E siccome questa designazione è manifestamente troppo generale, ed i caratteri del favoreggiamento non sono sviluppati abbastanza neppur dagli esempj riportati nell' art. 85, perchè non si considera affatto l'intenzione illegale dell'agente; così al codice bavaro si potrà fare lo stesso rimprovero di soverchia generalità, del quale sono in questa parte meritevoli gli elementi di Feuerbach.

Il progetto di Württemberg nella sua general definizione del favoreggiamento premessa nell'art. 83. si esprime quasi negli stessi termini del codice penale di Baviera, dal quale diversifica solamente in quanto non riferisce a questo capo le semplici omissioni, elevate negli articoli 87. e 88. al grado di speciali azioni punibili. D'altra parte gli atti particolari, nel medesimo articolo addotti a dimostrazione del favoreggiamento, consuonano con quelli contenuti nel progetto di Baden, e si possono perciò esaminare insieme con questo.

Il progetto di Baden si distingue dalle altre leggi, primieramente perchè designa il favoreggiamento come un reato speciale. Ma se per un reato speciale s'intende un atto delittuoso particolarmente segnalato dalla legge penale, ed esattamente separato da altri reati, il favoreggiamento non si può considerar come tale, perchè non è constituito da un'essenza di fatto assoluta, ma è strettamente connesso con un altro delitto per sè stante, come si riconosce ancora dal progetto di Baden, che ne tratta nella parte generale, e lo punisce in ragione della qualità e quantità del delitto principale. È chiaro, che questo progetto non intende che a rilevare la differenza, che intercede fra il reato speciale di favoreggiamento e la partecipazione ad un delitto. Ma poichè questa differenza è sufficientemente riposta nella definizione del favoreggiamento, così potrebbe desiderarsi, che esso non fosse menzionato come un reato particolare; perchè questa denominazione fa nascere alcuni imbarazzi rispetto alla competenza del tribunale inquirente, i quali non fanno che perturbare le indagini processali intorno al delitto principale. Quando in fatti il favoreggiamento sia un reato speciale, dovrà pure avere il suo *forum commissi delicti*, separato dal foro del delitto principale. Or siccome il progetto di Baden appella nell'art. 121. il delitto favorito col nome di delitto

principale, nulla osterebbe al chiamar delitto accessorio il favoreggiamento nell'art. 120. Un'altra differenza fra il progetto di Baden e quello di Württemberg consiste in questo: che il primo trova il favoreggiamento nell'agevolare il conseguimento o il godimento delle utilità provenienti dal delitto, o nell'aiutare a frustrare la persecuzion giudiciale; mentre il secondo parla solamente in generale dell'agevolamento di un delitto. La semplice menzione d'agevolamento di un delitto è molto lontana dal riuscir sufficiente; onde il progetto di Baden ha avuto il merito di andare più oltre. Se non che si può dubitare, se la sua più precisa designazione abbia compiutamente determinato il favoreggiamento, e se possa diventare sorgente, non dico di errori, ma almeno di pericoli. Fa d'uopo in fatti considerar fautore anche quello, che giova al delinquente per conseguire le utilità del delitto. Ma d'altra parte è nota la partizion dei delitti in materiali e formali. Si sa, che sono materiali quelli, per la cui consumazione richiedesi un determinato successo (per lo più ancora il vantaggio, che ricava il delinquente dal fatto); e che sono formali quelli, che si consumano indipendentemente da un successo, mediante la semplice forma dell'atto delittuoso. Questa partizione è riconosciuta ancora dal progetto di Baden, almeno relativamente ai delitti materiali; avvegnachè secondo l'art. 90. un delitto, per la cui idea sia richiesto dalla legge un determinato successo, non si consideri consumato, che quando questo successo ha avuto luogo. Dunque in un delitto materiale si dovrà, secondo il progetto di Baden, punire come fautore colui, che agevola al delinquente il conseguimento dell'utilità procedente dal delitto; mentre sì fatto agente è piuttosto ausiliatore, come quegli che opera ad oggetto che il delinquente consegua il desiderato vantaggio, ed ottenga il successo. Ognorachè l'utilità conseguibile dal delitto concorra col successo

delittuoso pigliato di mira, il delitto materiale non è consumato prima che sia stato ottenuto il vantaggio, cioè prima che abbia avuto luogo il successo. Ogni azione di un terzo, la quale sia diretta a far conseguire al delinquente il vantaggio del delitto, influisce dunque sull'avvenimento del successo, e conseguentemente sulla consumazione del maleficio, onde imprime fuor di dubbio all'agente il carattere d'ausiliatore, non di fautore. L'aiuto in fatti si distingue dal favoreggiamento, perchè il primo presuppone non consnmato il delitto, e il secondo lo presuppone consumato. Ora il menzionato progetto non distingue nel favoreggiamento fra delitti materiali e formali. E mentre i giudici danno a buona ragione un gran peso al sncccesso avvenuto, e così all'utilità conseguita dal deliquente; è da temere, che essi puniscano come fautori, non come ausiliatori, tutti coloro che aiutano il malfattore ad ottenere il vantaggio del fatto criminoso, tanto più che l'opinione più mite vuolsi preferire a quella, che si trae dietro una pena più rigorosa. Nè si può opporre l'art. 115. num. 2., che vuol punito come ausiliatore chi agevola il nascimento dell'effetto delittuoso. È giusto, che nei casi, in cui l'effetto delittuoso concorre con l'utilità ricavata dal delitto, chiunque agevola il conseguimento del profitto proveniente dal reato (come si esprime l'art. 121) sia pur considerato come agevolatore dell'effetto delittuoso, e perciò come ausiliatore. Ma appunto dall'esser diverso il disteso, ed eguale l'interno significato degli articoli 115. e 121. sorge la contradizione, che nel primo l'agente è indicato come ausiliatore, e nel secondo come fautore: la qual contradizione del progetto, se trapassasse nella legge, non si potrebbe risolver dal giudice, che ammettendo l'opinione più mite, e così applicando all'incolpato la pena del favoreggiamento. Si dirà, che nell'art. 121. è prescritto abbastanza, che il favoreggiamento pre-

suppone in qualunque caso un delitto consumato, e che perciò il giudice nel valutare un'azione, diretta a conseguire i vantaggi del delitto, non può dubitare di considerarla come un soccorso, quando il conseguimento dell'utile sia nel medesimo tempo l'avvenimento del successo delittuoso, e si richieda questo successo per la consumazion del reato. Ma qui appunto sta il male. Nè il progetto di Baden, nè quello di Württemberg ha chiaramente espresso, che il favoreggiamento presuppone la consumazion del delitto favoreggiato. Nè l'uno nè l'altro ha parlato di consumazione, ma ambedue si sono serviti dell' espressione « dopo il compimento del fatto »: la quale non equivale in alcun modo al delitto consumato. Infatti nella criminale giurisprudenza si dice consumato un delitto, quando l'atto illecito possiede oramai tutti quei requisiti, che ne formano l'idea legale: mentre si chiama compiuto un delitto, quando è stato eseguito l'atto illecito, che avea per iscopo la produzion del reato secondo la sua idea legale. E quanto divario passi fra delitto compiuto e consumato, apparisce evidentemente nei delitti materiali, dove il fatto delittuoso, che dovea portare il reato al successo richiesto per la consumazione, può essere stato pienamente eseguito, e non ostante il reato medesimo non esser consumato, fintantochè non abbia avuto luogo questo successo. Se dunque amendue i progetti parlano solamente di compimento del fatto delittuoso, e puniscono come fautore colui, che scientemente presta soccorso al delitto dopo compiuto il fatto; si dovrà punire di favoreggiamento anche quello, che dopo l' esecuzione del fatto agevola il successo del delitto. S'immagini esempigrazia, che un nipote avveleni lo zio, per lucrarne l'eredità. Appena l'agente ha fatto inghiottire al paziente la bevanda avvelenata, il fatto dell'avvelenamento è compiuto. Ora supponiamo che l'avvelenato, appena sente i primi

dolori, chieda dell'olio, o del latte, per liberarsi dal veleno, e che un terzo gli nieghi a bella posta le cose domandate, rompa l'orcio dell'olio, versi il latte, affinchè l'avvelenato non si liberi dal veleno, e che l'avvelenatore giunga così a conseguire l'eredità dello zio. Quel terzo non avrà fatto che aintare il delinquente dopo il compimento del fatto, ed agevolare il conseguimento delle utilità provenienti dal delitto. Quindi, secondo la letterale disposizione del progetto di Baden, dovrà esser considerato come fautore, e punito al più con la carcere: mentre è stato un vero ausiliatore del veneficio, e, se non la pena di morte, merita almeno una lunga reclusione nella casa di disciplina. Nè si può addurre in contrario, che l'art. 120. designa il carattere del favoreggiamento, dicendo, che l'assistenza debb'esser prestata all'agente senza concerto anteriore. Ciò significa, che al tempo, in cui viene intrapreso il fatto delittuoso, non abbia avuto luogo alcun accordo, nè alcuna promessa di favoreggiamento fra il delinquente ed il coadiuvante; avvegnachè l'intervento di questa promessa avanti il delitto, o nella esecuzione di esso, convertirebbe il coadiuvante in ausiliatore. Ma nei delitti materiali, in cui il successo del fatto, e così la consumazion del delitto non si verifica immediatamente insieme col compimento dell'atto delittuoso, intercede un intervallo fra questo compimento e l'avvenimento di quel successo: e chiunque in questo intervallo, conoscendo il delitto, e d'accordo col delinquente, coadiuva costui, affinchè abbia luogo il successo, e sia conseguita l'utilità del reato, è certamente un ausiliatore; laddove, secondo l'art. 120. del progetto di Baden, dee giudicarsi fautore, perchè il suo accordo col delinquente avvenne dopo il compimento del fatto, sebbene avanti la sua consumazione. So bene, che nella maggior parte dei casi si cercherà, prima del compimento del fatto, di as-

sicurarsi l'azione, che deve agevolare il conseguimento del criminoso profitto: ma d'altra parte non è impossibile, che un delinquente, il quale crede di potersi aspettare un soccorso per ottenere l'utilità criminosa, compisca l'atto principale del delitto, e poscia lo faccia conoscere ad un terzo, ed ecciti questo ad agevolargliene i vantaggi.

Da tutto ciò si può con sicurezza conchiudere, che nel favoreggiamento è cosa pericolosa parlar solamente di compimento dell'azione delittuosa, mentre la sola consumazione separa il favoreggiamento dalla partecipazione; e che è cosa doppiamente pericolosa indicare un favoreggiamento, diretto ad ottenere le utilità del delitto, quando queste concorrono col criminoso successo. In questi due punti i progetti di Württemberg e di Baden meriterebbero di esser modificati. Quanto agli atti, che ne'due progetti si riferiscono ad esempio del favoreggiamento, non è da dubitare, che non possano avere quest'indole: ma se si considera la sola forma esteriore dell'atto, riferita nella legge, si scopre, che essa si può immaginare anche senza che vi si trovi un favoreggiamento. Chiunque per esempio coadiuva un delinquente a fuggire, è fautore. Ma chi gl'insegnasse una via, che lo conducesse nelle mani della pubblica forza, o gli desse un cattivo legno, perchè facesse lentamente cammino, non si potrebbe certamente punire di favoreggiamento. Chiunque prende in custodia le cose guadagnate col delitto, o le compra, è dichiarato fautore. Ma chi se ne facesse depositario, o acquirente, per serbarle, e restituirle al proprietario, non potrebbe giudicarsi colpevole di favoreggiamento. Si dirà, che allora viene a mancare il carattere precipuo del favoreggiamento, cioè il coadiuvamento del delitto e del delinquente. Ma appunto perchè questo interno carattere constituisce principalmente il favoreggiamento, il riportare quelle forme esterne è inutile. Gli atti della custo-

dia, o della compra delle cose, e dell'occultazione dei delinquenti, sono di per sè indifferenti. Solamente la causa interna e l'intenzione li tramuta in punibili; perchè la maggior parte dei favoreggiamenti non contengono in sè medesimi alcun male materiale, che richiami necessariamente sopra di essi la giustizia penale. Chiunque uccide un uomo richiama subito la giustizia penale ad investigare accuratamente il suo atto: ma chi presta assistenza ad un delinquente, non produce alcun pregiudizio materiale. Quindi è più conveniente per un codice penale il fermare i caratteri interni del favoreggiamento, il dimostrare, qual debba esser la causa e lo scopo di un atto, affinchè si possa considerare come favoreggiamento punibile, che ristringersi a nominare certi atti esternamente designati, che possono essere e non essere favoreggiamenti, secondochè dipendono da questa, o da quella cagione, e sono animati da una, o da un'altra intenzione.

§. 8.

Pena del favoreggiamento secondo i dottori e le leggi moderne.

Quando le linee fondamentali della essenza di fatto d'un atto punibile sono incerte, non è meraviglia il trovare la stessa incertezza nelle sanzioni penali, che lo contemplano. E ciò appunto è avvenuto nel favoreggiamento dei delitti. I giureconsulti, dominati sempre dall'idea, che il favoreggiamento sia una specie di partecipazione al delitto, si contentano di suggerire pe'fautori l'infimo grado della pena dovuta ai partecipanti: col qual principio concorda anche l'art. 84. del codice bavaro, che vuol punito il fautore come un ausiliatore di terzo grado. I codici moderni, distinguendo meglio il fautore dall'au-

siliatore, fissano all'incontro pel primo una pena particolare, ma diversificano molto fra loro nella sua quantità. Mentre in fatti il codice di Sassonia minaccia ai fautori nominati nell'art. 38. e 239. un terzo al più della pena stabilita pel delitto favoreggiato, il progetto di Württemberg nell'art. 84., e quello di Baden nell'art. 121. colpiscono il fautore di carcere, o di multa, e nel favoreggiamento per mestiere, salvi certi casi particolari, salgono fino alla casa di lavoro. Ma tutte queste leggi, nell'adeguare la pena entro la prescritta misura, non si prendono alcun pensiero del modo, in cui avvenne il favoreggiamento, nè dell'intenzione del fautore, e prescrivono al giudice di considerar solamente la qualità e la quantità del delitto principale favoreggiato. Amendue questi progetti esimon per altro dalla pena del favoreggiamento i conjugi, i consanguinei e gli affini in linea ascendente e discendente senza differenza di grado, i fratelli e i cognati, i tutori e i pupilli, i nutricatori e gli alunni, quando, come dice la legge di Württemberg, ha avuto luogo per proteggere la persona dell'agente, o, come dice la legge di Baden, per proteggere l'agente dal discoprimento, o dalla persecuzion giudiciale; mentre il codice di Sassonia nell'art. 41. non libera i tutori e i pupilli, e nel favoreggiamento dei delitti contro la proprietà, commesso per via di partecipazione ai loro frutti, si astien dal punire i genitori ed i figli solamente allor chè ne hanno profittato per necessario sostentamento.

Un errore comune di tutte queste disposizioni legali sembra esser quello di non avere alcun riguardo, nella punizione del favoreggiamento, alla colpa particolare del fautore, alla causa, al modo, ed all'intenzione, per cui favorisce, e di volere adeguata la pena dietro la sola qualità e quantità del delitto principale favoreggiato. Non si può certamente negare, che questa qualità e quantità debba

sempre constituire una norma della pena; perocchè il favoreggiamento, come delitto accessorio, sta in una connessione immediata col delitto principale favoreggiato, e perciò dipende più o meno dalla ragion penale di questo. Ma siccome il favoreggiamento ha pur la natura d'un reato speciale, dee contenere ancora in sè stesso i principj della sua varia punibilità. È chiaro in fatti, che colui, il quale per mera compassione favoreggia un amico, autore d'un omicidio d'impeto, è meno punibile di chi favoreggia un ladro, ricevendone in premio una parte delle cose involate: e ciò non ostante il primo, dietro la quantità del più grave delitto favoreggiato, soggiace ad una pena maggiore del secondo. E qoeste errore è tanto più grave nei progetti di Württemberg e di Baden, in quanto che essi adeguan la pena del favoreggiamento dietro la sola qualità e quantità del delitto principale, niente considerando, che il fautore non ha alcnna cognizione immediata di esso, e che nella maggior parte dei casi la riceve dal delinquente; per modo che la pena del favoreggiamento non può esser determinata dalla qualità e quantità del delitto principale, ma solamente dalla cognizione, che il fautore ne ottiene dal principal delinquente. Se vien favoreggiato, e così sottratto alla persecuzion giudiciale un latrocinatore, che si sia dato a conoscere per un semplice ladro, il fautore, che gli agevolò il modo di fuggire, non debb'essere certamente punito secondo la qoalità del delitto principale di latrocinio. Il progetto di Württemberg ha mostrato di dar qualche peso a queste osservazioni, in quanto che vuol punito il ricettatore del ladro, che considera come un fautore qualificato, *secondo il grado della sna colpa*, ed in ragion della pena del ladro; mentre l'art. 239. del codice di Sassonia, sebbene nel determinare la pena della ricettazione abbia riguardo al fatto guadagno, propone poi un'al-

tra misura, come l'unica, cioè la quantità del delitto principale. Ambedue queste leggi presentano sì fatta norma nella sola ricettazione, o rispetto al favoreggiamento in generale, singolarmente a quello diretto a frustrare la persecuzion giudiciale, si contentano di misurare la pena dalla qualità e quantità del delitto principale. Ma le loro prescrizioni penali sono mirabilmente diverse; perocchè la legge di Sassonia stabilisce come *maximum* dieci anni di casa di disciplina di primo grado, e la legge di Würtemberg, due anni di carcere di circondario: dal che si scorge manifestamente, che l'indole e la punibilità del favoreggiamento è ancora molto lontana dalla desiderata chiarezza. Sembra del resto, che il tempo abbia condotto sempre più a separare il favoreggiamento dalla partecipazione al delitto, ed insieme a sottoporre ad una punizione più mite il favoreggiamento, giacchè il progetto di Baden, che è il più recente, prescrive come *maximum* un solo anno di carcere. Il che per altro non sta in alcuna proporzione coi dieci anni di casa di disciplina del codice sassonico: onde si può sicuramente concludere, o che è troppo rigorosa la legge di Sassonia, o che è troppo dolce il progetto di Baden.

La grande incertezza, in cui uno si trova rispetto all'idea ed alla penalità del favoreggiamento, si riconosce poi chiaramente nelle disposizioni delle leggi moderne sopra i casi d'impunità del medesimo. Da essi in fatti è dato desumere, che si è per vero dire ravvisata la diversa direzione del favoreggiamento secondo la varia maniera del suo comparire, e secondo lo scopo del fautore, ma che non siamo ancora arrivati a meglio determinarne l'idea, a distinguerne con maggior precisione i modi, in cui si presenta, e ad indicarne più esattamente la penalità.

L'art. 38. del codice di Sassonia dispone generalmente, che debba punirsi, qual fautore del commesso delitto, co-

lui, che coadiuva un delinquente dopo il compimento del fatto, mediante ricettazione, agevolamento di fuga, occultazione o spaccio degli oggetti del reato, soppressione o distruzione delle vestigie, o degl'indizj dell'azione punibile: e per tali atti l'art. 41. stabilisce l'impunità a prò dei congiunti ivi menzionati, purchè abbiano operato solamente per proteggere la persona dell' agente. Nell'art. 239. all'incontro, quanto ai delitti, che offendono la proprietà, sono puniti come fautori coloro, che scientemente ricevono, ascondono, acquistano, o spacciano cose altrui, tolte ingiustamente al loro possessore, o in qualche modo ne traggon profitto, senza che occorra guardare alle loro relazioni personali col delinquente principale. Dove per altro la moglie ed i figli ricevano il necessario sostentamento da oggetti ingiustamente acquistati, ciò non si dee riputare un guadagno illecito. Ma chiunque concede scientemente ricetto a ladri, o a rapinatori, o spaccia per mestiere cose rubate, o rapinate, è punito da un anno di casa di lavoro fino a sei anni di casa di disciplina.

All'incontro il progetto di Württemberg dichiara colpevole di favoreggiamento chiunque coadiuva un delinquente rispetto ad un delitto, ed adduce diversi esempj. Esime per altro (art. 86) dalla pena i prossimi congiunti, quando il favoreggiamento ha avuto luogo semplicemente per proteggere la persona dell'agente. Ma nell'art. 85. punisce con la casa di lavoro il favoreggiamento per mestiere, e nell'art. 324. commina la carcere a colui, che con intenzion di guadagno dà ricovero al ladro, riceve, nasconde, acquista, od aiuta a spacciare merci di conosciuta provenienza furtiva, ancorchè sia congiunto dell'agente.

Finalmente il progetto di Baden riconosce colpevole di favoreggiamento colui, che coadiuva il delinquente a conseguire, o a godere le utilità provenienti dal delitto, o a render vana la persecuzion giudiciale. E chiunque

favoreggia i delitti per mestiere soggiace, secondo l'art. 122., alla casa di lavoro: ma, a tenore dell'art. 123., vanno liberi dalla pena i prossimi congiunti ivi nominati, quando non abbiano fatto che protegger l'agente dal discoprimento, o dalla persecuzion giudiciale.

Dove si pongano a confronto questi tre codici, si scorge tosto, che, nel fissare l' idea generale e la pena del favoreggiamento, non danno alcun peso al motivo di esso, ma si contentano del successo, e dell'intenzione di coadiuvare in qualche modo il principal delinquente relativamente al delitto. Solamente nella determinazion della pena queste leggi lasciano trasparire una differenza rispetto al motivo, per cui il favoreggiamento è avvenuto; in quanto che lo dichiarano impunito nei prossimi congiunti, quando sia stato intrapreso semplicemente per proteggere l' agente dal discoprimento, o dalla persecuzion giudiciale. Suppongono dunque un' altra specie di favoreggiamento, punibile ancora ne' prossimi congiunti, e degno di maggior pena di quello prestato a vantaggio della persona dell' agente. Qual sarà dunque sì fatto favoreggiamento, e da che si potrà riconoscere? I menzionati tre codici non ce ne danno alcuna distinta notizia: ma dalle loro disposizioni intorno alla ricettazione del ladro risulta con sufficiente certezza, che al favoreggiamento intrapreso per sostener la persona colpevole essi contrappongono quello eseguito per amor di guadagno, e che lo voglion punito anche ne' congiunti dell' agente. Dalla qual regola il solo codice di Sassonia eccettua la moglie ed i figli, in quanto l' utilità ricavata dal delitto favoreggiato si debba stimare un necessario sostentamento. Ma quando il favoreggiamento abbia luogo per mestiere, dee sempre applicarsi, a tenore di tutte e tre le dette leggi, una pena, e più grave: dal che si deduce, che le medesime danno una special qualificazione al fa-

voreggiamento per amor di guadagno; perocchè il favoreggiare i delitti per mestiere non può avere altro motivo che il proprio interesse. Quanto è certo poi, che le leggi distinguono, rispetto alla pena, il favoreggiamento diretto ad assicurare unicamente la persona del delinquente, da quello prestato per amor di guadagno; quanto è giusto, che specialmente qualifichino quello prestato per mestiere; altrettanto questa differenza, desunta dal motivo e dallo scopo dell'atto, dovrebbe influir sull'idea, sull'essenza di fatto, e sulla misura generale della pena del favoreggiamento, avvegnachè solamente per questo mezzo possa rischiararsi con la debita luce la presente dottrina.

§. 9.

Tentativo per fissar la natura e la essenza di fatto del favoreggiamento dei delitti.

Tutte le azioni umane, come fenomeni riconoscibili del mondo esteriore, sono connesse col diritto penale, o col diritto civile, e, tuttochè simili esternamente, prendono indole diversa dall'uno, o dall'altro. Quanto in un'azione umana è maggiore la violazione rispetto alle norme penali, tanto è più discernibile dalle azioni, che contengono una violazione del dritto non minacciata dalla legge criminale. E viceversa, quanto in un'azione è più lieve la violazione del dritto, tanto più si accosta alle azioni, che sono indifferenti almeno per la legge penale, e tanto più è necessario, che il legislatore la determini esattamente; affinchè sia remosso il pericolo di punire degli atti non comminati di pena. A questa maggiore necessità va per altro congiunta una maggiore difficoltà; onde esempigrazia è molto più agevole determinare il delitto

di omicidio, che quello di frode. Quando si riflette pertanto, che il favoreggiamento consiste sempre in un'azione susseguita al delitto già consumato, la quale perciò non lo ha in alcuna maniera prodotto, si scopre, che forma uno degli ultimi anelli della catena degli atti delittuosi, contemplati dalla legge penale; che si avvicina a quelle azioni, che non cadono più sotto di essa; e che la sua precisa determinazione è tanto necessaria, quanto malagevole.

Fra i requisiti non impugnati, nè impugnabili, del favoreggiamento, il primo si è, che consista in un'azione commessa con cognizione del delitto avvenuto; perocchè, mancando questa cognizione, l'atto intrapreso a riguardo del delitto, o del delinquente, non può essere un favoreggiamento del reato eseguito da un altro, ma solamente un fatto particolare punibile di per sè, o del tutto indifferente per la legge penale. Perciò il progetto di Baden, nella determinazion generale del favoreggiamento, ha posto giustamente questa cognizione: la quale nella discussione del codice di Württemberg fu dichiarata, mediante l'inserzione della parola s c i e n t e m e n t e, come appartenente all'essenza del favoreggiamento. E sebbene il codice di Sassonia non abbia rammentato questa cognizione nella definizione del favoreggiamento (art. 38), l'ha per altro riguardata necessaria nella ricettazione (art. 239.), servendosi dell'avverbio s c i e n t e m e n t e; cosicchè non si può dubitare, che nel favoreggiamento generale non si richieda una tal cognizione, come fondamento precipuo della sua idea.

Un secondo requisito incontrastabile dei favoreggiamenti si è, che sieno eseguiti dopo la consumazion del delitto, e senza che ne fosse stata fatta antecedente promessa al delinquente. Imperocchè se hanno luogo con cognizione di un delitto intrapreso, e non ancora consu-

mato, sono atti di cooperazione, e di soccorso, e l'agente cade allora sotto l' idea di ausiliatore, o partecipante, non di fautore. Tutte le moderne leggi sono concordi in questo proposito: ma non esprimono con sufficiente precisione sì fatto requisito, quando parlano solamente di azioni avvenute dopo il compimento del fatto. Nel §. 7. della presente dissertazione è stato già dimostrato, che questa formula non designa esattamente la consumazione del delitto principale, la quale vuol essere precisamente espressa nella definizione del favoreggiamento. Anzi è da credere, che neppure la formula dopo la consumazione del fatto sia intieramente bastevole a distinguere debitamente il favoreggiamento dal soccorso, che è sempre più grave. S'immagini per esempio, che un ladro, tolte le cose dal loro posto, le abbia raccolte insieme, e che col suo fagotto sia già in procinto d' uscir della casa, in cui ha commesso il furto. Alla porta di casa gli si fa incontro il servitore del derubato, si accorge tosto del furto, può gridare aiuto, e fermare il ladro: ma in quella vece accetta del danaro da lui, e lo lascia tranquillamente andare con le cose involate. Secondo la teorica del pigliamento, oggidì ricevuta comunemente, il furto era qui consumato, quando il servitore incontrò il ladro, ed avutone danaro lo lasciò tranquillamente partire. Quel servitore sarebbe dunque un fautore del furto. Eppure si dovrà considerare come un ausiliatore, che ha contribuito essenzialmente alla consumazion del delitto, rispetto all'utilità presa di mira dall' agente principale. L' inconveniente sarebbe ancora più grave nell'incendio. Imperocchè, se questo delitto si consuma con lo scoppiare del fuoco, come dice la legge di Württemberg, o col porre in fiamme, come dice il progetto di Baden, non sarà che fautore quel famigliare, che, potendo soffocare col piè le scintille suscitate dal-

l' incendiario, prende danaro da lui per rimanersi spettatore tranquillo, e per insegnargli inoltre una via segreta di fuga; mentre è veramente un ausiliatore, che ha meritato una pena poco minore dell'agente principale. Sarebbe facile moltiplicare gli esempj; ma questi due riferiti, dove specialmente si connettano con quanto si è detto nel §. 7., bastano a dimostrare, che, per distinguere esattamente il favoreggiamento dalla partecipazione e dall'aiuto, non basta richiedere, che il delitto principale sia stato favoreggiato dopo la consumazione del fatto, ma bisogna indagare una più precisa determinazione, se non si vuole incorrere nel difetto di colpire con la pena troppa leggiera del fautore un delinquente, che si avvicina al coautore. Nè si dica, che in amendue gli addotti esempj si presenta semplicemente il difetto d' impedimento di un delitto. Imperocchè, dove si rifletta, che il carattere essenziale del non impedimento consiste nell' assoluta passività del non impediente, e che qui abbiamo una vera azione positiva del sopravvenuto all'esecuzione il quale non solamente tace, ma prende danaro, ed agevola la fuga del delinquente, ci convinceremo di leggieri, che non è questa l'idea, sotto di cui possano riportarsi i nostri casi. All' essenza del non impedimento appartiene; che il conoscitore della preparazione, dei tentativi, o della esecuzione non faccia alcun passo per impedire il delitto, ma lo lasci accadere, astenendosi per altro da qualunque partecipazione. Il non impedimento adunque è relativo al tempo anteriore alla consumazion del delitto. Se all' incontro si prende a contemplare l' essenza del favoreggiamento, si riconosce, che è capitale carattere del medesimo la consumazione del delitto favoreggiato, il quale dee potersi considerare come un fatto pienamente terminato. Ed appunto per questo gli atti di favoreggiamento non stanno in una relazione immediata

col delitto, ma piuttosto con la persona del delinquente, che viene aiutato a fuggire, o coi successi delittuosi già prodotti da lui, in quanto gli venga prestato soccorso a spacciare le cose involate. Ma quando si esamina un'azione, diretta in vero a favorire il delitto, ma eseguita nel tempo, in cui quello avveniva, si vede, che la medesima si connette con l'avvenimento, e perciò col delitto. In quel tempo il delitto può certamente essere stato consumato in senso giuridico: ma la consumazione è un' idea giuridica, introdotta a fine di designare i caratteri, da cui dipende l'integrità di un reato e della sua punizione. Del resto l' avvenimento della consumazione può avere nello spazio del tempo una durata, nella quale, sebbene l' agente principale non possa fare di più per consumare il delitto, un terzo per altro abbia modo di unirvisi in guisa da cooperare all' effetto delittuoso. Se così è, ragion vorrà, che il delitto si consideri consumato rispetto all' agente principale: ma rispetto al successo del delitto, ed a chi ne soffre il pregiudizio può tuttavia venire arrecata una contribuzione, che si presenta piuttosto sotto l'aspetto di partecipazione, che di vero favoreggiamento. Il che avrà luogo principalmente allorchè un terzo si aggiunga a terminare intieramente un delitto, del quale avrebbe potuto distornare il successo. Se nel primo degli esempj surriferiti il servitore avesse gridato al ladro; questi sarebbe stato costretto a gettar via il fagotto involato, e la sottrazione non sarebbe, a riguardo del proprietario, avvenuta. E se nel secondo esempio fosse stato dato il segnale dell'incendio, il fuoco sarebbe rimasto estinto senza alcun danno, mentre la casa è andata in cenere. Nell'uno e nell'altro caso il terzo ha contribuito al successo del delitto, e perciò merita di esser punito come ausiliatore. Per distinguer dunque a dovere il favoreggiamento dalla partecipazione, non solo biso-

gnerà riporlo in un atto posteriore alla consumazion del delitto, ma farà d'uopo aggiugnere ancora, che mediante quell'atto l'agente non abbia contribuito ad effettuare il delitto nel suo successo contro il subietto passivo.

Per ciò che concerne il favoreggiamento rispetto al modo della sua esterna comparsa, allo scopo, che si propone l'agente, ed al motivo, che lo determina ad operare, le leggi moderne non fanno distinzioni sufficienti, ed in questa materia confondono sempre gli atti di ricettazione, che dovrebbero constituire uno speciale reato per sè stante. I progetti di Württemberg e di Baden citano espressamente certe azioni, che debbono contenere il favoreggiamento nella sua esterna comparsa: vale a dire l'occultazione del delinquente, la soppressione delle traccie del delitto, e l'occultazione o l'acquisto delle cose guadagnate col delitto. Ma questi titoli non si possono separare, come è stato fatto; perchè in tutti e tre si può presentare affatto egualmente il favoreggiamento, che principalmente consiste nello scopo e nel motivo. Quando in fatti si ammette, che un favoreggiamento è avvenuto per frustrare la persecuzion giudiciale, il fautore può tanto avere occultato il delinquente, quanto aiutato a sopprimere le traccie che in lui si trovavano, o nascosto le cose guadagnate, come vestigie del reato. Ed il motivo di questi tre atti può essere stato lo stesso. Allorchè taluno, per sodisfare la propria avidità, prende danaro da un delinquente per favoreggiare un reato, può tanto occultare il delinquente, quanto le traccie che in lui si ritrovano, o le cose guadagnate, come vestigie del delitto: nel qual caso tutti e tre quegli atti sono diretti allo stesso scopo, e derivano dallo stesso motivo, per modo che non si sa veder la ragione, per cui si distinguono in tre categorie. Inoltre da tal distinzione può facilmente proce-

dere, che il giudice ammetta in quel fautore, che si rese colpevole di due o tre atti di questa specie, un favoreggiamento più grave e quasi continuato, e che perciò punisca il fautore, che occultò il delinquente e le cose guadagnate col delitto, più di colui, che nascose soltanto il delinquente, tuttochè non interceda fra loro alcuna real differenza, l'atto favoreggiante sia eguale in sè stesso, e dalla maggiore o minore estensione del medesimo le leggi non faccian dipendere una pena maggiore o minore. Anzi le leggi non potrebber nemmeno prescrivere una diversa quantità di pena secondo l'estensione dell'atto favoreggiante; perchè dipende puramente dal caso, che il delinquente occultato porti sopra di sè le vestigie del delitto, ed abbia in dosso le cose guadagnate, e che perciò il nascondimento del malfattore contenga nel medesimo tempo la soppression delle traccie del maleficio, e l'occultazion delle cose da esso provenienti. In special modo poi non si sa comprendere il perchè si faccia un titolo particolare della soppressione delle vestigie e dei mezzi probatorj del delitto, mentre il nascondere il delinquente, e l'agevolargli la fuga, è un cancellare la traccia principale del maleficio, e l'occultare o spacciare le cose guadagnate col reato equivale al distruggere le prove di esso. Oltre di che nei due primi titoli, i quali contemplano l'occultazione del delinquente, e la soppression delle prove del reato, si presenta principalmente il favoreggiamento diretto a sostener la persona del malfattore, e nel terzo titolo, il quale contempla il soccorso a spacciar le cose guadagnate col delitto, si presenta specialmente il favoreggiamento prestato per proprio interesse: le quali specie si dovrebbero piuttosto distinguere per la pena, che per la descrizione della forma esterna dell'atto. In questa descrizione è certamente impossibile scandagliare ed abbracciare tutti i casi immaginabili di favoreggiamento:

il quale non è constituito dalla forma esterna dell'atto, ma dallo scopo e dal motivo. E quando si dà troppo peso alla forma esterna dell'atto, v'è da temere, che il giudice punisca, come favoreggiamenti, dei fatti, che hanno la forma esterna di quelli esemplificati per tali dalla legge, e ne mandi impuniti altri, perchè non li trova contenuti nelle tre categorie, sebbene i primi non sieno, e gli ultimi sieno veri favoreggiamenti.

Per lo che in vece di ristringersi alla forma esterna degli atti generici di favoreggiamento, bisognerebbe elevarsi allo scopo ed al motivo di essi, ed additarne la forma esterna nel solo rispetto del loro successo. In questo proposito si può veramente parlare di atti, che coadiuvino il delinquente dopo la consumazion del delitto. Imperocchè il favoreggiamento dee servire in qualche guisa al vantaggio del malfattore, se l'atto ha da avere una relazione col maleficio, e con chi lo commise, e dee possedere nel medesimo tempo una direzione ingiusta e punibile. Ma dove se ne consideri lo scopo, si concorda generalmente, che la mira precipua del fautore è quella di liberar dalla pena il delinquente, e di difficultare e frustrare la persecuzion criminale. Questo fine, che si manifesta principalmente con l'occultare il delinquente, con l'agevolargli la fuga, e col sopprimere le vestigie del delitto, è additato dal progetto di Baden, in quanto parla di un favoreggiamento inteso a frustrare la persecuzion criminale. E siccome questa abbraccia l'intiero procedimento diretto a scoprire e a punire un delinquente; così la detta espressione sembra significar pienamente quella direzione del favoreggiamento, della quale parliamo. Il fautore, che si propone sì fatto scopo, dirige il suo atto principalmente al delinquente, verso il quale il più delle volte ha motivo di usare dei personali riguardi. Ma quando il fautore dirige principalmente il

suo atto alle cose guadagnate col delitto favoreggiato; quando occulta gli oggetti rubati, gli acquista, o gli spaccia ad altri; è animato per lo più dal motivo del proprio vantaggio, ossia dal desio di sodisfare al proprio interesse. Poichè per altro il favoreggiamento non è un delitto particolare, che stia per sè solo, ma nella sua qualità di accessorio acquista importanza giuridica dalla sua relazione col delitto principale; così non può esser determinato da un motivo proprio ed indipendente, ma la sua nozione dee sempre connettersi col reato principale favoreggiato. Or siccome in questo caso il favoreggiamento si dirige principalmente alle cose guadagnate col delitto, le quali pel delinquente principale constituiscono il profitto ricavato dalla consumazione; così l'idea del favoreggiamento dee riferirsi, quanto al suo scopo, a questo profitto, ed additarlo. Il progetto di Baden si è avvicinato moltissimo a questa indicazione, parlando di quel fautore, che presta servigio al delinqente principale, per fargli ottenere o godere i vantaggi provenienti dal delitto. Ma questa designazione esce fuori dei termini del vero favoreggiamento. È stato già dimostrato di sopra, che quando nel favoreggiamento si parla di consumato delitto, non dee darsi a questa consumazione il senso giuridico relativo all'agente principale, ma sotto di essa si deve intendere la intiera esecuzion criminosa portata al suo pieno successo contro il subietto passivo. Or se nell'idea del favoreggiamento si ammette ancora un servigio, che coadiuvi a conseguire i vantaggi del delitto principale, si viene a presupporre, che l'autore di questo non sia pervenuto ad ottenerli compiutamente, e che il fautore lo aiuti a pervenire a tal metà. E, ciò essendo, l'azione del fautore non si dirige più alle sole utilità del delitto principale, come fatto onninamente terminato e conchiuso, ma sta in una relazione immediata col subietto passivo, facendo sì, che si accresca un pre-

giudizio a lui, ed un profitto al malfattore. Non è dunque un favoreggiamento, ma un aiuto prestato al delitto; onde l'espressione del progetto di Baden di agevolamento a conseguire il vantaggio del delitto è assolutamente da rigettarsi. Sotto di essa in fatti si dovrebbe per esempio intendere il caso del ladro, che non portasse il mantello rubato, e solamente dalla vendita di esso, fatta dal fautore, avesse ottenuto il profitto del furto. Ma l'idea di conseguimento del profitto comprende ancora il concetto di pervenire al medesimo, e perciò non può riguardarsi come un'esatta significazione del favoreggiamento. L'espressione di agevolare il godimento dei vantaggi è più giusta, perchè non si può godere che ciò che si possiede pienamente, e quindi presuppone l'intiero successo del reato principale. Ma siccome un vantaggio del delitto principale può esser goduto non totalmente, nè subito; così non bisogna contentarsi del solo vocabolo g o d i m e n t o. Riflettendo pertanto, che il favoreggiamento relativo alle cose guadagnate col delitto si eseguisce principalmente coll'occultarle, o nasconderle, col renderle incapaci di essere riconosciute, o con l'esitarle in luoghi remoti, e che così rimane a s s i c u r a t o il profitto del principal delinquente, sarà molto meglio indicare il favoreggiamento, dicendo, che esso consiste nell'agevolare il godimento e l'assicuranza degli utili provenienti dal reato principale. Il difetto di sicurtà del profitto delittuoso dipende principalmente dallo scoprimento del maleficio: e così la parola a s s i c u r a n z a indica ad un tempo l'occultazion del vantaggio. Quando poi si ripone il favoreggiamento nell' agevolare il godimento, e nell'assicurare le utilità del delitto principale, si abbraccia ancora un motivo, che, quantunque di rado, pur talvolta si presenta, quello cioè di favoreggiare non per interesse proprio, nè per riguardi personali verso il malfattore, ma per malvagità e spirito di vendetta contro

il danneggiato dal maleficio, affinchè non sia risarcito il pregiudizio arrecatogli. Un'altra specie di favoreggiamento non raro, che già si chiamava col nome di partecipazione susseguente, consiste nel coadiuvare con lo smercio delle cose rubate il principal delinquente, dopo la consumazion del delitto, ad oggetto di prendere una porzione delle medesime. Il motivo di ciò è certamente l'interesse: ma si cerca ad un tempo di frustrare, in un modo, o in un altro, la persecuzion giudiciale, e di procurare al principal delinquente il godimento e la sicurtà delle cose guadagnate col reato, di maniera che si può dire, che questo fine del favoreggiamento si trovi contenuto nei fini prenominati. Se non che in questi il favore è principalmente diretto al meglio del principal delinquente, cioè a procurare, che egli non sia punito, e che rimanga in possesso delle cose guadagnate: mentre quivi il fautore mira al proprio vantaggio, e vuole, che gli utili del delitto trapassino in lui. Anzi talora accade, ch'ei voglia ottenerli tutti, senza lasciarne alcuno al principal delinquente. A me si è presentato un caso, in cui il fautore non aveva menomamente diretto la propria azione ad occultare il principal delinquente, ma promosso all'incontro la persecuzion giudiciale di lui, per non dargli alcuna parte delle cose rubate, depositate dal ladro in sue mani, e per liberarsi da un incomodo testimone. Qui non si trattava di favoreggiamento diretto al principal delinquente, al quale non si voleva assicurare alcun vantaggio, o godimento: ma l'agente cercava di assicurare a sè solo le cose sottratte. Si favoriva il delitto con l'unica mira di profittare del suo intiero successo: si nascondevano le cose involate per propio conto. Per lo che non sarà superfluo inserire anche questo scopo nella definizione del favoreggiamento, aggiungendo a'suoi fini anche quello della propria partecipazione alle cose guadagnate col delitto.

Quando il favoreggiamento si considera diretto a coadinvare il delinquente, si riconosce di leggieri, che questa idea non è applicabile al caso riferito, in cui non fu prestato alcun servigio al principal malfattore, per frustrare la persecuzion giudiciale, o fargli godere, ed assicurargli il criminoso profitto. Ma d'altra parte qui si ritrova un favoreggiamento del delitto, perchè col ricevere scientemente e ritenere le cose, con esso guadagnate, si viene a nasconder l'acquisto, che di quelle si è fatto dal delinquente, al quale si rende un servigio, negando la loro provenienza da lui. Del resto l'atto favorevole può essere in molti casi diretto non tanto al delinquente, quanto al successo, che è nato dal delitto. Laonde non sarebbe inopportuno tener conto ancora di ogni agevolamento delle conseguenze criminose: il quale, anche prescindendo affatto dal delinquente, cade sotto l'idea del favore prestato al delitto.

I motivi poi del favoreggiamento si possono ridurre ai seguenti. O il fautore ha operato soltanto per riguardi personali verso il delinquente, esempigrazia per compassione; o per proprio interesse, cioè per ricavare un'utilità dalla sua azione; o per malvagità e spirito di vendetta contro il danneggiato dal delitto; o finalmente per paura del malfattore. Questi motivi per altro non hanno una eguale influenza sul modo di favoreggiare. Per riguardi personali verso il delinquente, tanto si può nasconder lui, quanto spacciare le cose guadagnate col delitto: per proprio interesse, tanto si può pigliare una porzione degli oggetti rubati, quanto prestare al delinquente un aiuto prezzolato, perchè fugga. E siccome questi motivi, mentre possono determinare la misura penale del favoreggiamento, non contengono per altro il fondamento della sua penalità, il quale consiste nel coadiuvare il delinquente o il delitto, con cognizione del delitto medesi-

mo; così non sarà conveniente inserirli nella definizione. Non si dee trascurare all'opposto, che certi coadiuvamenti, che contengono un favore effettivo pel principal delinquente, possono, rispetto al fautore, constituire un reato per sè stante: come se un impiegato, violando il suo dovere officiale, aiutasse un malfattore a fuggire. Fa d'uopo ancora avvertire, che si danno delitti, che, sebbene possano essere affatto consumati dall'agente principale, hanno per altro una durata di atti di commissiene, intervenendo ai quali non si favoreggia il delitto, già compiuto dall'altro; ma si contrae un reato, che sta di per sè. Ciò si verifica principalmente nella falsa moneta. Questo delitto si considera consumato mediante la fabbricazione delle false monete con l'intenzion di spacciarle: e la loro diffusione effettiva non è che una circostanza aggravante la pena. Or se un terzo riceve dal falso monetiere un numero di false monete e le spaccia, si potrebbe giudicare fautore del delitto, perchè aliena gli oggetti da esso provenienti, ed agevola al principal delinquente il godimento del criminoso profitto. Non di meno da tutte le leggi vien riguardato come diffonditore di false monete di concerto col fabbricatore, e trattato alla pari di questo. A ciò vuolsi avvertire nella definizione del favoreggiamento, ad effetto di escluderne quelle azioni, con le quali si commette un delitto per sè stante.

Tutte le cose fin quì dette si riferiscono al favoreggiamento di un delitto già consumato. Ma il favoreggiamento diretto a frustrare la persecuzion giudiciale può aver luogo ancora nel tentativo delittuoso. All'essenza in fatti del favoreggiamento basta che sia stato favorito un fatto punibile, commesso senza cooperazione del fautore. Un tentativo andato a vuoto è un fatto punibile, e perciò può aver luogo un favoreggiamento posteriore alla sua esecuzione.

A tenore di queste premesse si potrebbe stabilire: *Chiunque, senza precedente concerto col delinquente, coadiuva scientemente il delitto dopo la sua consumazione, o dopo il tentativo, avvenutone, o rispetto al delinquente, o al successo del delitto, senza per altro contribuire con la propria azione a portare ad effetto il delitto, o il tentativo, tanto aiutando il delinquente a godere e ad assicurare i profitti del delitto, o a frustrare la persecuzion giudiciale, quanto promovendo il delitto per partecipare alle cose con esso guadagnate; postochè la sua azione non constituisca un delitto per sè stante, si rende colpevole del delitto accessorio di favoreggiamento.*

Appena occorre notare, che nel determinare l'aiuto e il non impedimento punibile dei delitti, non meno che quegli atti, che, mentre favoreggiano il delitto altrui, contengono un reato per sè stante, fa di mestieri aver riguardo a questa definizione del favoreggiamento, e sempre stabilire la respettiva idea giuridica dell'aiuto, del non impedimento, e del delitto per sè stante.

§. 10.

Pena del favoreggiamento.

Quando il *maximum* della pena, fissato pel favoreggiamento dal codice di Sassonia in dieci anni di casa di disciplina di primo grado, si pone a confronto col *maximum*, proposto dal progetto di Baden in un anno di carcere di circondario, si scorge tosto, che in questa dottrina non si professano massime concordi. Secondo i moderni il diritto penale si fonda sul principio della giustizia: e coloro, che lo adottano, hanno il vantaggio di accreditare le pene concrete come assolutamente giuste. Ma questa base del diritto penale non mi è mai voluta apparire ben

chiara. La giustizia è certamente un attributo necessario della pena: ma questo attributo non può constituirne il fondamento. Certo, se la teorica della giustizia s'intende nel senso, in cui l'ha sviluppata recentemente Trefurt nelle sue contribuzioni alla critica del progetto di Baden (Archivio 1838 p. 427. in nota); se la pena non dee curarsi di alcuna relazione concreta, ma solamente sostenere e conservare nella sua efficacia il diritto astratto; si concederà, che ritrovi il suo fondamento nell'idea. Ma siccome il delitto è un fenomeno esterno del mondo sensibile, debb'esser tale ancora la pena: ed in questo rispetto essa contempla le manifestazioni esteriori e concrete del delitto come sue conseguenze, e vien così necessariamente determinata nella esterna comparsa della sua specie e misura. Ammettendo in fatti, che la pena non dovesse riferirsi che al diritto in astratto, farebbe d'uopo avvertire, che questo è sempre uno ed identico. Il diritto alla vita considerato in astratto è uguale al diritto alla salute, o agli averi: e per proteggere questo diritto unico ed identico basterebbe una pena unica ed identica, la quale verrebbe ad esser la sola giuridicamente fondata. Ma che una pena unica ed identica non sodisfaccia al bisogno, è proposizione, che non ha d'uopo di prova. Ed appunto perchè non può essere in ogni caso unica ed identica, ma fa di mestieri che sia un fenomeno esterno di maniera diversa, bisogna che si adatti ai varj fenomeni esterni, i quali si riducono alla violazione concreta del dritto, ed alla persona del delinquente. La teorica della giustizia assoluta del diritto penale consiste in somma nel riconoscere, che la pena è, e debb'essere una conseguenza necessaria del delitto, e riposa sulla legge dei contrapposti, che si manifesta in ogni parte della creazione.

Quantunque per altro non si professi questa dottrina, si può riguardare il favoreggiamento come un'azione mal-

vagia in sè stessa, ed esternamente punibile. Siccome bensì il fautore non ha contribuito a produrre il reato principale, ma la sua azione è necessariamente connessa con quello, o col suo autore; così nell'adeguare la pena del favoreggiamento bisognerà precipuamente guardare al reato principale ed alla sua punizione. Considerando per altro, che il fautore non commette un delitto per sè stante, la misura della sua punizione non potrà essere gran fatto elevata neppure nel suo *maximum*; cosicchè i dieci anni di casa di disciplina minacciati dal codice di Sassonia saranno un castigo evidentemente soverchio. Una pena criminale, che vada congiunta alla privazion dell'onore, non si dovrebbe imporre giammai al favoreggiamento: ed un anno di carcere, stabilito come *maximum* dal progetto di Baden, sembra che sia sufficiente. Imperocchè, quand'anche il favoreggiamento, avvenuto per frustrare la persecuzion giudiciale d' un delinquente, si volesse considerare come una specie di ribellione contro il pubblico potere, essa per altro sarebbe sempre tenue, non essendo ancora il delinquente nelle mani dell'autorità, nè avendo per anco il tribunale investigato le traccie del delitto, che furono per avventura cancellate. Di più la liberazione d'un carcerato, la quale è certamente meritevole di maggior castigo, soggiace da per tutto a pene restrittive non infamanti. Ed il favoreggiamento avvenuto con la sola mira di partecipare agli utili del delitto, comechè non contribuisce menomamente al medesimo, che è un fatto già consumato, non merita maggior pena di quel favoreggiamento, che rende vano il diritto dello Stato alla punizion dei delitti; anzi dovrà sempre rimanere al di sotto della misura penale della liberazione de'carcerati. Laonde non si sa spiegare il perchè il codice di Sassonia nell'art. 109. potesse minacciare come *maximum* la pena di due anni di casa di lavoro alla liberazione anche violenta d'un

carcerato, e dieci anni di casa disciplina al favoreggiamento diretto a frustrare la persecuzion giudiciale.

Le leggi hanno prescritto, che l'indole del reato principale sia l'unico modulo della misura giudiciale nel punire il favoreggiamento: ma hanno poi riconosciuto l'insufficienza di questo principio col dichiarare impunito in certe persone il favoreggiamento, intrapreso unicamente per proteggere la persona d'un delinquente. Dal che apparisce, che stimano degno di maggior pena il favoreggiamento, prestato per sodisfare alla propria avidità, come quello, che non dee giammai rimanere impunito. Il favoreggiamento avvenuto soltanto per proteggere la persona d'un delinquente dipende il più delle volte da personali riguardi verso di lui. La compassione, la conoscenza, il timore sono sovente i' motivi di questo favoreggiamento, animato perciò da impulsi meno punibili dell'interesse. Ma quando le leggi prenominate lasciano generalmente impunito in certe persone il favoreggiamento indirizzato alla sola protezion personale, comprendono sotto questa impunità ancora i casi, in cui venga favoreggiata per mercede la persona del reo, i quali non dovrebbero andare immuni da pena. Imperocchè il vero fondamento della minore penalità non consiste nell'esser diretto il favoreggiamento alla sola protezion personale del delinquente, ma nell'essere avvenuto per riguardi personali verso di lui, e non per interesse. Questi due impulsi posti a confronto fra loro dovrebbero tirarsi dietro un diverso *maximum* di pena; di maniera che il *maximum* del favoreggiamento prestato per riguardi personali fosse la metà di quello imposto al favoreggiamento intrapreso per interesse, e nel primo modo di favorire potesse aver luogo anche la multa, il secondo soggiacesse in ogni caso alla carcere. Fissato per altro l'interesse come un modulo della misura giudiciale, si dovrà inoltre badare alla quantità del vantaggio ritratto, la quale

principalmente rileva allorquando il favoreggiamento consiste soltanto nella propria partecipazione alle utilità del reato, od è indirizzato ad assicurarne al delinquente il profitto. Nelle persone strettamente congiunte accade ancora, che il favoreggiamento commesso per riguardi personali si tragga dietro di sua natura un vantaggio pe'fautori. Se il marito ruba de'comestibili, o dei tessuti da far vesti, il favoreggiamento della moglie conterrà un vantaggio ancora per lei. Lo stesso ha luogo tra genitori e figliuoli. E perciò si dovrà, come ha pur fatto il codice di Sassonia nell'art. 239., lasciare impunito in questo rispetto il fautore, perchè il suo favoreggiamento della persona è inseparabile da quello relativo alle utilità. Anche fra altre persone intimamente congiunte un favoreggiamento prestato per riguardi personali verso l'agente conterrà frequentemente un vantaggio pel fautore: il quale per altro può sempre mantener pura la mano da ogni criminoso profitto, e, quand'anche nasconda, esempigrazia, le cose guadagnate col reato, può occultarle soltanto come traccie di esso, ad effetto di frustrare la persecuzion giudiciale. Ed in tal caso egli potrà meritare l'impunità, ognorachè si sia limitato a celare il delitto di un prossimo parente, senza partecipare agli utili criminosi, nè farsi pagare della sua azione. Negli altri rari casi, in cui il favoreggiamento provenga da spirito di vendetta contro il danneggiato dal maleficio, si comprende agevolmente, che questo motivo è da equipararsi a quello dell' interesse. E per abbracciare generalmente gli altri ingiusti motivi di favoreggiamento, che si possono immaginare, sarà opportuno servirsi della formula: per interesse o per altra malvagia ragione. La giusta misura giudiciale della pena del favoreggiamento rimane poi compiutamente e sicuramente determinata dal contrario motivo meno punibile, che nasce dai soli personali riguardi verso l'agente.

Dietro queste premesse, le regole relative alla pena del favoreggiamento potrebbero esser distese così.

Il favoreggiamento, avuto sempre riguardo alla cognizione, che ebbe l'agente, della qualità e quantità del delitto principale, è colpito di multa, o di carcere fino a sei mesi, quando fu prestato solamente per proteggere la persona del delinquente. Ma se fu prestato per interesse o per altra malvagia ragione è colpito, secondo l'utilità ricavatane, con la carcere fino ad un anno.

Il favoreggiamento fra i conjugi, o fra i genitori ed i figli, è impunito, a meno che non sia esercitato per mestiere. Tra parenti in linea ascendente o discendente, tra fratelli ed affini dello stesso grado, tra genitori e figli adottivi, tra nutricatori ed alunni, tra tutori e pupilli, è del pari impunito, purchè sia prestato per riguardi personali verso il principal delinquente.

Da queste disposizioni si eccettuano i casi di favoreggiamento, che sono dalla legge minacciati di pena particolare.

§. 11.

Idea della ricettazione delle cose furtive per mestiere.

L'esperienza di tutti i tempi e di tutti i popoli mostra, che nel delitto di furto si presenta una classe di complici, che comprano dal ladro le cose furtive per un prezzo molto più basso del vero loro valore, e per tal modo si procacciano un vantaggio illecito e punibile.

Il codice di Sassonia nell'art. 38. parla del favoreggiamento in generale senza relazione particolare con un reato speciale, e nell'art. 239., trattando dei delitti contro la proprietà, fa menzione di una ricettazione, che, quando sia convertita in mestiere, soggiace a pena più grave.

Il progetto di Würtemberg parla del favoreggiamento

in generale negli articoli 83. e 84; nell'art. 85. discorre di un favoreggiamento per mestiere, e nell'art. 324 determina la punizione del ricettatore delle cose furtive, riportandosi al sopraddetto art. 85.

Finalmente il progetto di Baden dispone intorno al favoreggiamento in generale negli articoli 120. e 121., e nell'art. 122. parla del favoreggiamento per mestiere, senza occuparsi menomamente della ricettazione nel delitto di furto.

È già stato dimostrato di sopra, che il favoreggiamento nella sua idea generale non è un atto di partecipazione al delitto principale, di cui non promuove la nascita esterna, nè la interna risoluzione. Ma chi promette per altro di favoreggiare il delitto prima della sua esecuzione si considera come ausiliatore, sebbene non abbia contribuito il suo favore che dopo la consumazion del reato. È in fatti ragionevole il credere, che il principal delinquente si confermasse nella risoluzion di delinquere mediante il sostegno, che si assicurò per dopo il delitto. Ora è indubitato, che chiunque, conoscendo il furto, compra segretamente una cosa rubata, la nasconde, la spaccia in luoghi lontani, dee punirsi qual fautore, se opera in tal guisa per proprio interesse. Ma dove si supponga, che questo favoreggiamento sia stato ripetuto più volte a pro del medesimo ladro, e che il fautore faccia lo stesso verso altri ladri; bisognerà ammettere, che la certezza di trovare ancora in futuro una simile assistenza fortificherà le successive risoluzioni delittuose del rubatore, e provocherà per conseguenza dei nuovi furti. Sia pure che il compratore delle cose rubate non abbia espressamente promesso la compra successiva al ladro: ma con l'averle acquistate più volte senza difficoltà gli ha dato una fondata speranza di far lo stesso per l'avvenire, e così lo ha eccitato ad altri furti. Avvi dunque fra loro un tacito

accordo per la rubagione da un lato, e dall'altro per la compra delle cose rubate; onde il compratore esce dai limiti del favoreggiamento, che non dee contribuire affatto alla nascita del reato principale, e diventa responsabile della risoluzione dei furti posteriori, da esso agevolata e promossa. Quanto è certo bensì, che il compratore non è con questa condotta un semplice fautore, altrettanto è indubitato, che egli non può esser considerato come un vero ausiliatore; perchè l'idea di questo presuppone sempre uno speciale delitto, ed un'azione particolare diretta a commetterlo ed a promuoverlo, la quale non si presenta nel nostro caso. In fatti il compratore abituale può non avere alcuna notizia dei singoli furti: e la facilitazione, che mediante la sua compra fornisce al ladro, non consiste nell'agevolargli la via di commettere questa o quella ruberia, ma nel dargli ansa in generale a rubare, e speranza di vendere le cose rubate. Nell'incoraggire in genere i furti, nel sodisfare ad un'illecita avidità, comprando le cose involate per un prezzo minore del giusto, e nell'occultare così la rubagione e le cose involate, si contiene per altro una maniera di operare, che è meritevole di leggiero castigo: la quale, se non può riguardarsi come favoreggiamento, nè come aiuto, rimane che si consideri e si punisca come un delitto per sè stante. Un caso analogo a questo s'incontra nel delitto di lenocinio, che si riferisce all'intiera classe dei delitti d'incontinenza, come la ricettazione appartiene alla classe dei reati contro la proprietà. Anche il ruffiano, piuttostochè agevolare la commissione del singolo reato di carne, ne favorisce l'avvenimento generalmente, senza darsi pensiero dei particolari; si brutta di questo fango per sodisfare alla propria avidità, ed esercita quell' infamia per mestiere. Quindi nei reati contro la proprietà gli si potrebbe contrapporre il ricettatore; giacchè il procedi-

mento dell'uno e dell'altro agente non differisce che in grazia della direzione respettiva, ed amendue commettono un delitto indipendente nella sua idea e nella sua essenza di fatto. Il progetto di Baden molto giustamente, per quanto mi pare, descrive nell'art. 299. il lenocinio nella seguente maniera: « *Chiunque promuove, od agevola* « *per mestiere l'incontinenza altrui, o somministrando il* « *luogo, o conducendo persone, o con altra mediazione* ». E con questa descrizione del lenocinio potrebbe e dovrebbe andare di pari passo, per quanto è possibile, la ricettazione. La forma esterna dell'atto, entro la quale si aggira la ricettazione, è la stessa; avvegnachè consista nel fornire un rifugio al delinquente, e lo smercio delle cose furtive, e queste due cose possano porsi convenientemente di fronte all'offerta dell'occasione, e al conducimento della persona nel lenocinio. Ma il comun carattere capitale del lenocinio e della ricettazione si distingue da quello del favoreggiamento, o dell'aiuto, a motivo dell'esercizio abituale, o del mestiere lucrativo. Poichè per altro la ricettazione si può presentare ancora sotto altre moltiplici forme, che la fanno trapassare nella provincia dell'aiuto, farà d'uopo aggiugnere al procedimento del ricettatore un contrassegno ulteriore, felicemente notato dal progetto di Baden con le parole - o con altra mediazione - ; perocchè il ricettatore, come il ruffiano, comparisce principalmente qual mediatore del delitto, procurando al delinquente l'occasion di commetterlo, ed il mezzo di ricavarne vantaggio, col somministrargli un rifugio o con l'acquistare il mal tolto. Ma appunto perchè il lenocinio, come la ricettazione, appartiene piuttosto all'aiuto, che al semplice favoreggiamento, e perchè importa all'amministrazione della giustizia penale il sottoporre all'idea della ricettazione ancora colui, che coadiuva per mestiere i furti; bisognerà evitare l'espressione di favoreggia-

mento, e servisi col progetto di Baden delle parole agevolamento e facilitazione. Quando si rifletta pertanto, che il favoreggiamento si distingue dall'aiuto, perchè il primo accade e nasce dopo la consumazione del delitto principale; quando si pensi, che ogni promessa di favoreggiamento, fatta avanti la commission del delitto principale, o nel tempo della medesima, è un aiuto effettivo; si riconoscerà, che non si può parlar propriamente di un favoreggiamento per mestiere; perchè in questo esercizio abituale sta la promessa anteriore, tacita sì, ma indubitata, a pro del malfattore. Ed a significar la nozione e l'essenza di fatto della ricettazione non si dovrà aggiugner la causa dell' interesse, come quella che si trova compresa nell' espressione avverbiale per mestiere. Una descrizione più minuta dell' idea, che si contiene in sì fatta espressione, non è necessaria, e diventerebbe pericolosa; perocchè potrebbe di leggieri produrre l'esclusione di casi, in cui mancassero le forme tassativamente stabilite, quantunque la ricettazione vi si presentasse nella sua integrità.

A tenore di queste premesse, la ricettazione si potrebbe definire così:

« *Chiunque agevola, o facilita per mestiere i delitti altrui contro la proprietà, o somministrando rifugio ai delinquenti, od acquistando le cose guadagnate col delitto, o per mezzo di altra mediazione, si rende colpevole del delitto di ricettazione.*

§. 12.

Pena della ricettazione.

I tre codici, che ci hanno somministrato materia di molte osservazioni, puniscono la ricettazione, come favo-

reggiamento per mestiere, assai più severamente del semplice favoreggiamento. Mentre in fatti il codice di Sassonia nell'art. 239. prescrive pel semplice favoreggiamento, relativo ai delitti contro la proprietà, la pena di carcere, impone alla ricettazione per mestiere una pena, che da un anno di casa di lavoro può elevarsi fino a sei anni di casa di disciplina di secondo grado. Il codice di Würtemberg negli articoli 85. e 324. colpisce in generale il ricettatore per mestiere con la casa di lavoro, e con la temporaria o perpetua privazione della pubblica autorizzazione, di cui fu fatto abuso per ricettare: e la stessa pena è comminata nell'art. 122. del progetto di Baden al favoreggiamento abituale, che comprende la ricettazione.

Considerando, che la ricettazione per mestiere esercita un'influenza sommamente perniciosa, in quanto facilita e moltiplica i furti; che i ricettatori sono sovente i maestri e gli educatori dei ladri fin dalla prima loro gioventù; che, non eseguendo il furto a proprio pericolo, di nulla si sbigottiscono, anzi eccitano sempre il ladro al delitto più rischioso, perchè più profittevole, e poi frequentemente defraudano il ladro medesimo, che si ritrova intieramente nelle loro mani; si conosce, che questo reato è meritevole di severa punizione. Il senso comune popolare, guida non dispregevole del legislatore, ha proclamato il proverbio: « *il ricettatore è da quanto il ladro* ». E quando si vede, che tutte le leggi si sono accordate nel comminare al primo furto pericoloso una pena non lieve di casa di disciplina, nulla impedirà di far soggiacere il ricettatore nei casi gravi alla stessa specie penale, e d'imporgli come *minimum* la casa di lavoro. Il ricettatore in fatti, se non è il vero autore intellettuale dei furti, se ne può per altro considerare come l'eccitatore e l'animatore, e spesso fa d'uopo, che il giudice punisca in lui non solamente l'agevolatore di una sola rubagione, ma di molte.

Laonde il minacciare la casa di disciplina alla ricettazione sarà pur necessario ad effetto di contemplare le ricidive come circostanze aggravanti. L'art. 240. del codice di Sassonia riconosce la ricidiva nella ricettazione, tuttochè nei casi gravissimi abbia comminato ai ricettatori la casa di disciplina: la quale perciò, sebbene non sia stata in generale prescritta per questo delitto commesso per mestiere, si potrà almeno irrogare a motivo della recidiva. E siccome il progetto di Würtlemberg e di Baden conoscono, come addizione penale, una sottoposizione alla sorveglianza della polizia; potrà esservi assoggettato qualunque ricettatore per mestiere. Imperocchè, se vi è caso di giustificare la sorveglianza della polizia, ristretta ad una determinata dimora, e congiunta alla facoltà illimitata delle visite domiciliari, esso si presenta nella ricettazione per mestiere. Quindi a questo delitto si potrà giustamente comminare la casa di lavoro fino ad anni otto, insieme con la sottoposizione alla sorveglianza della polizia, e con la privazione temporaria, o perpetua, dell'arte a questo effetto abusata. Poichè per altro la ricettazione per mestiere non risulta da un fatto isolato, ma da una connessione più o meno perdurante con varj delitti, e con diversi delinquenti; così non si possono con esattezza fornire le norme per adeguare la pena, e fa d'uopo contentarsi di prescrivere un modulo generale, dedotto dalla qualità e quantità del maleficio ricettato, dalla più o meno lunga colleganza con uno, o con più malfattori, dal profitto ricavato, e dalla maggiore o minore influenza, esercitata nel facilitare i commessi delitti. Principalmente questa influenza aggrava la pena del ricettatore, il quale comparisce come l'eccitatore e l'autore di una serie di delitti. Ma la ricettazion per mestiere non dovrà mai andare impunita, nè ammettere circostanze mitiganti. Imperocchè, concedendo, che debbano andare immuni da pena i ge-

nitori, che prestan ricovero al figlio delinquente, non si vede, come a questo caso si potrebbe applicare l'idea di ricettazion per mestiere, mentre il figlio ha un diritto naturale ad essere ricoverato da chi gli diede la vita: e se i genitori non serbaron pure le mani dalle utilità criminose, e spacciarono per mestiere gli oggetti furtivamente acquistati, saranno giustamente puniti, come quando si fecero condelinquenti dei figli. E se finalmente gli abitatori di case isolate e remote, come talora avviene, sono costretti a somministrare frequentemente ricovero a delinquenti, andranno immuni da ogni pena, per causa della coazione: ma dove questa non sussita, o sia collegata con una utilità abitualmente ritratta, sarà giusto, che li colpisca una pena. Nel decretare la quale sarà ufficio del giudice considerare, che il ricettatore non commise il delitto per proprio impulso, ma vi fu trascinato dall'urgenza delle circostanze.

Ciò presupposto, la pena del ricettatore per mestiere potrà determinarsi così:

Il ricettatore, avuto riguardo alla qualità e quantità del delitto ricettato, al commercio tenuto per un tempo maggiore o minore con molti o con pochi delinquenti, al vantaggio ritrattone, e specialmente all'influenza, che esercitò nella commissione e facilitazione dei delitti, può esser colpito dalla pena della casa di lavoro fino alla pena della casa di disciplina per anni otto, privato temporariamente o in perpetuo dell'esercizio del mestiere, onde abusò pel criminoso commercio, e sottoposto alla sorveglianza della polizia.

È indubitato, che il favoreggiamento può ammettere l'idea giuridica del tentativo. All'opposto la ricettazione, come quella che esige un esercizio per mestiere, e perciò praticato più volte, non ammetterà il vero e proprio tentativo: ma quando non s'incontri compiutamente questo esercizio per mestiere, sarà dato di scorgervi un fa-

voreggiamento singolare, o plurale, e di punir l'incolpato come fautore.

Noi non abbiamo qui parlato del favoreggiamento per mestiere in generale, perchè esso non si dà, che nei delitti d'incontinenza, ed in quelli contro la proprietà. Del resto qualunque altro favoreggiamento abituale, quando non trapassi in un delitto per sè stante, come accade nel lenocinio, e nella ricettazione dei furti, contiene una tacita promessa anteriore di soccorso; onde non occorrono più speciali disposizioni per punire l'ausiliatore più gravemente del semplice fautore.

V.

DELL' OCCULTAZIONE DELLA GRAVIDANZA E DEL PARTO, COME REQUISITO DELL' ESSENZA DI FATTO DELL' INFANTICIDIO (DISSERTAZIONE DI *WAECHTER*, ESTRATTA DAL TOMO XVI FASC. 1. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE, ANNO 1835).

Sull' importanza, che per l' essenza di fatto dell'infanticidio ha l'occultazione della gravidanza e del parto, sono tuttora divise le opinioni, tanto nel nostro diritto positivo, quanto nel senso legislativo (1). La maggior parte dei moderni lavori legislativi sembrano non attribuire alcuna importanza a questa occultazione nell' essenza di fatto dell' infanticidio: esempigrazia il progetto di Hannover, il recentissimo di Württemberg, ed i nuovi progetti di Baviera (2). Alcuni per altro partono ancora in questo tema da altre idee: ai quali appartiene Stübel, che fino dall'anno 1824 compilò il progetto per la Sassonia (3).

(1) È una quistione affatto diversa quella, con cui si ricerca, se l' occultazione della gravidanza e del parto si possa punire come un delitto speciale, e di qual momento sia questa occultazione come indizio dell' infanticidio. Su di ciò V. Zum Bach *Idee su di alcuni oggetti capitali di diritto penale*; Berlino 1828 p. 207. e segg., von Bothmer negli annali di Hitzig. tomo VII. p. 239—80, e specialmente Mittermaier nell' archivio di diritto crim. tomo X. p. 367—402, e p. 559—604.

(2) Progetto d' Hannover §. 234. e 235. Progetto di Württemberg del 1832 §. 222. Progetto riveduto di Baviera del 1827 §. 214. Ultimo progetto di Baviera del 1831 §. 245.

(3) V. l'art. 440.

Parimente diverse sono le opinioni dei nostri criminalisti a riguardo del comun diritto positivo. Alcuni dichiarano affatto indifferente l'occultazione della gravidanza e del parto (4): altri la reputano un requisito essenziale dell'essenza di fatto del delitto d'infanticidio privilegiato (5): altri, distinguendo, non richiedono per l'essenza di fatto dell'infanticidio l'occultazione della gravidanza, ma solamente l'occultazione del parto (6). Quelli inoltre, che richiedono l'occultazione della gravidanza e dal parto, o almeno di questo, per l'idea, e per l'essenza di fatto dell'infanticidio, sono di vario parere intorno all'influenza, che il difetto di questa parte d'essenza di fatto deve produrre. Imperocchè alcuni (7) ammettono, che, mancando questo requisito, l'uccision del fanciullo, eseguita dalla madre, s'abbia a punire come parricidio qualificato; mentre altri sostengono, che il difetto di questo requisito si debba considerare come una ragione di diminuire la pena dell'infanticidio (8). Anche rispetto a ciò, che si richiede a constituire l'occultazione, tuttochè questa debba avere una generale importanza nell'essenza di fatto dell'infanticidio, non si è intieramente d'accordo. Alcuni non si dichiarano abbastanza in questo proposito: altri sembrano

(4) V. Spangenberg nell'archivio di dir. crim. tomo III. p. 28.

(5) V. per esempio gli autori citati ne'miei elementi a p. 155.

(6) Mittermaier nell'arch. di dir. crim. tomo VII. p. 326, e seg. Heffter elem. di com. dir. crim. germ., Halle 1833, §. 258. Appartiene in qualche modo a questo numero anche Groiman. Conf. i suoi principj di giurisprudenza crim. §. 276 nota 6.

(7) Di questo parere sono la maggior parte di quelli, che esigono il detto requisito.

(8) Ciò viene asserito fra gli altri da Feuerbach, elem. §. 240., ed in parte anche da S. P. Gans, *del delitto d'infanticidio,* Zelle 1824. Quest' ultimo autore per altro si contraddice. Conf. l. c. p. 276—77.

esigere un'occultazione di rimpetto a chiunque: Gans (9) permette la consapevolezza dei parenti, e del fecondatore della delinquente: altri solamente la consapevolezza dei complici (10): ed altri all'opposto (11) asseriscono, che quando v'è consapevolezza di persone, alle quali si è confidata la delinquente, l'occultazione venga a mancare.

Tanta varietà di opinioni sopra una quistione, che sembra assai semplice, naturalmente dipende dal diverso punto di vista, onde si parte nel considerare il delitto d'infanticidio. Distinguendo acutamente questi punti, ed investigando ciò che si deduce da ciascheduno, si dovrebbe per avventura spianare la strada ad una qualche concordia di opinioni, od almeno render più semplice la controversia.

Se noi prendiamo a considerare il diritto comune, e le opinioni dei teorici e dei pratici su di questo argumento; se contempliamo inoltre alcuni antichi diritti particolari germanici, ed i più importanti lavori legislativi moderni; ci si presentano principalmente nel delitto d'infanticidio i due diversi aspetti seguenti (12).

(9) l. c. p. 33. e seg. Egli stima di più, che una semplice occultazione non basti, ma che si richieda ancora una risposta negativa della donna alla domanda di persone, che abbiano il diritto d'interrogarla.

(10) Heffter l. c. §. 258. num. II.

(11) Feuerbach elem. §. 240. Grolman, princip] §. 276.

(12) Il progetto di Würtemberg si diparte da un principio affatto particolare, privilegiando ogni uccisione intenzionale d' un fanciullo nato di fresco, il quale cioè non abbia compito ventiquattr'ore, e sottoponendola ad una pena minore di un altro omicidio, vale a dire alla casa di desciplina a tempo. Fa per altro una special distinzione del caso, in cui il fatto venga commesso dalla madre sopra il suo figlio illegittimo, e lo punisce con la casa di disciplina da dieci a vent' anni. Che questo minor castigo dell' uccision di un fanciullo nato di fresco, da chiunque e con qualunque circostanze venga commessa, non si possa difendere, io credo di averlo mostrato nella continuazion dell' archivio di diritto crim. tomo I. p. 333 e seg.

I. Molti intendono per infanticidio la dolosa uccisione di un fanciullo recentemente nato, commessa da qualunque de'suoi ascendenti, e sostengono, che questo caso appartiene assolutamente al parricidio qualificato (13). Perciò da simil caso non distinguono quello, in cui la madre illegittima uccide il suo figlio nato di fresco, nè ammetton per l'ultimo particolari motivi di mitigazione. Questa fu l'opinione, che professarono gli antichi criminalisti dal secolo sedicesimo sino al decimottavo rispetto al diritto comune, che fu costantemente adottata ed applicata per tutto quel tempo dall'uso del foro (14), e che trapassò ancora in alcuni diritti particolari di Germania, segnatamente in Sassonia. Per vero dire certe leggi sassoniche rilevano specialmente il caso, in cui la madre uccida il suo figlio illegittimo nato di fresco (15): ma, in luogo di trattarlo con particolari principj, lo contemplano solamente come un esempio di parricidio qualificato, e quindi nella punizione non lo separano dagli altri casi di parricidio, commesso dai genitori sui proprj figli (16). Esse lo punirono quindi col *culeus* romano (17), e, dove mancasse una corrente d'ac-

(13) Rispetto alla particolare opinione, che espose Spangenberg nell'archivio di dir. crim. tomo III. p. 26. e seg., è da vedersi Mittermaier nel detto archivio, tomo VII, p. 9. e seg., e Gans l. c. p. 19. e seg.

(14) A ciò non posero mente, per quanto io sappia, i nostri criminalisti. V. più precisi ragguagli su questo punto ne' miei elementi, tomo II. p. 152 e 156. Gli antichi dottori trascurano per lo più nell'infanticidio anche il carattere della nascita recente.

(15) Esempigrazia le decisioni del 1661, decis. 78. e i mandati del 14 Ottobre 1744, e del 17 Giugno 1761.

(16) Conf. i passi citati nella nota precedente con le constituzioni del 1572, P. IV. const. 3. Questa constituzione è importante ancora per le opinioni, che nel secolo sedicesimo dominavano su questo punto nel diritto comune.

(17) Nel secolo XVI, ed anche più tardi, prevalse l'opinione, che ancora a tenore della Carolina il *culeus* romano fosse la pena ordinaria del parricidio.

qua, con la ruota, e, quando più tardi il *culeus* fu generalmente abrogato; nel parricidio, assolutamente con la ruota, come pena dell'omicidio qualificato (18).

Se l'infanticidio si considera, come fece la dottrina e la pratica antica secondo il diritto comune, e come fa il diritto sassonico, è chiaro, che l'occultazione della gravidanza, e quella del parto, ed anche l'una e l'altra insieme, non hanno alcuna importanza per l'essenza di fatto e per la punizione di questo delitto (19); e quindi così procede anche oggidì la pratica di Sassonia nel giudicar l'uccisione del figlio illegittimo appena nato, commessa dalla madre, e lo fa certamente a ragione, considerato il diritto positivo, al quale soggiace (20).

È certamente un'altra quistione quella, con cui si ricerca, se questo modo di contemplare l'infanticidio si possa giustificare secondo il diritto comune, ed in senso legislativo. Ma di ciò parleremo in seguito.

II. Oggidì nel diritto comune, e nei nuovi lavori legislativi, il delitto d'infanticidio si prende e si determina d'ordinario in un'altra maniera. Esso in fatti si ristringe al caso, in cui la madre uccida il suo figlio illegittimo recentemente nato, ed in cui si applica una pena men

(18) V. il mandato sopraccitato del 17 Giugno 1761.

(19) Ciò non abbisogna di dichiarazione ulteriore, imperocchè quando si parte dal suddetto punto di vista, il delitto d'infanticidio sussiste, sia pure avvenuta, o no, l'occultazione della gravidanza e del parto, e la pena ordinaria deve aver luogo senza riguardo a questa circostanza. In tale aspetto il delitto non si limita alla madre illegittima, nè alla madre in genere. L'occultazione non può essere in questo caso, che un indizio dell'intenzione di uccidere, ed anche molto dubbioso, dove non concorrano ancora circostanze particolari.

(20) Perciò non ha ragione Vokmann, quando ne' suoi elementi di diritto criminale sassonico, §. 187 e 188, sostiene, che per l'idea dell'infanticidio si richiede l'occultazione della gravidanza e del parto.

grave di quella del parricidio, ed anche dell'omicidio in genere. Questa è pure la massima dei progetti di Baviera, di Hannover, di Sassonia, e di Württemberg.

Ma qual è la ragione, per cui si tratta più dolcemente questo caso di omicidio? Da sì fatta quistione dipende in parte l'essenza di fatto del delitto, e il determinare, se e quanto l'occultazione della gravidanza e del parto si richieda per tale essenza di fatto. La ragione non può certamente consistere nell'obietto del reato, cioè nel figlio illegittimo appena nato; perchè altrimenti si dovrebbe pur mitigare la pena del padre, e di qualunque altra persona, che uccidesse un bambino illegittimo: il che non fanno nè i trattatisti del diritto comune, nè le moderne compilazioni legislative (21). La ragione dee piuttosto ritrovarsi nella connession della madre con questo obietto. Nel qual proposito si possono immaginare quattro ragioni diverse.

1) Si potrebbe pensare, che alla madre illegittima competesse sul figlio appena nato, che giuridicamente non ha padre, è affidato a lei sola, e viene accolto contro voglia da tutti, un qualche esteso diritto, od almeno una qualche speciale discolpa, quando ella si permetta di recare offesa a quell'essere nel momento del suo ingresso nella vita esteriore. Questa fu in parte l'idea di alcuni antichi diritti germanici. Ma non occorre penetrare più addentro nella medesima, dappoichè, per quanto io mi sappia, non v'ha da più secoli chi la professi, e non serve certamente di base nemmeno al nostro diritto positivo.

2) All'opposto dalla prima edizione degli elementi di Grolman in poi è molto diffusa l'opinione, che la Carolina punisca meno l'uccisione del figlio illegittimo

(21) Una sola eccezione si trova, per quanto mi è noto, nel progetto di Württemberg. V. sopra la nota 12.

appena nato, quando sia commessa dalla madre per salvare l'onore del sesso, in quanto che questo motivo è una circostanza, che attenua la pena (22).

Se si ammette questa opinione, fa d'uopo senza contrasto, che per l'essenza di fatto dell'infanticidio men gravemente punito, o privilegiato, si richieda l'occultazione della gravidenza e del parto, nel senso, che l'esistenza del figlio fosse nota solamente alla madre, ed alle persone sue confidenti. Ma in tal caso si potrebbe con piena conseguenza andare ancora più oltre, ed affermare, come fanno alcuni (23), che la nascita recente del figlio non si richieda affatto per l'infanticidio, ma che pure su di un fanciullo di sei mesi, ed anche di cinque o sei anni, si possa commettere dalla madre un infanticidio privilegiato, purchè il pubblico ignorasse la gravidanza illegittima di lei, e che essa avesse partorito illegittimamente il suo figlio.

Ma questo fondamento di punizione più mite dell'infanticidio non si può giustificare secondo i generali principj di politica criminale, nè ravvisare come la ragione movente della Carolina. Un motivo buono, secondochè oggidì si riconosce sempre più, a tenor dei principj, che si professano concordemente in altri delitti, e come il diritto comune in termini precisi dichiara, non può d'ordinario mitigare la pena di un delitto. Così il diritto canonico stabilisce, che la pena della fattura non si scemi, quando alcuno abbia affatturato per procurare alla Chiesa la restituzione di una cosa involata; e che l'usurajo non commette un reato più lieve, quando riscuote le usure col solo scopo di redimer con esse dei prigionieri. Se si volesse dar valore alla predetta ragione, bisognerebbe

(22) V. gli autori citati ne'miei elementi, tomo II. p. 155. 156.

(23) Werner instituzioni di diritto penale §. 544, Heffter elementi §. 158, nota 11.

punire più dolcemente anche quel reo di maestà, il quale per buoni motivi tentò di rovesciare l'ordini giuridico esistente, o colui, che ha commesso un qualche sbaglio, e che per salvarsi l'onore, e per non essere discoperto, avvelena i consapevoli della sua debolezza. In un'azione, che sia abietta in sè stessa, come nell'esempio ultimamente citato di veneficio, un motivo buono non può discolpare il fatto neppur *moralmente*: e non lo può discolpare *giuridicamente* in un'azione direttamente contraria alla legge, perchè la volontà *illegale*, che per buoni motivi ostilmente si oppone al diritto esistente, può essere tanto ostinata, forte, e pericolosa, quanto se si fosse determinata per motivi malvagj: anzi è d'ordinario più forte, più ferma, e pericolosa, quando è spinta dai primi, che dai secondi. Per lo che questo fondamento di sentenza più mite contro l'infanticidio si dovrebbe affatto bandire dai nostri sistemi. Per ciò che concerne la Carolina, ancorchè si volessero prendere come requisiti della essenza di fatto tutte le espressioni, che contiene nell'art. 131 intorno alle circostanze dell'infanticidio, essa non conduce ad un tal fondamento di punizione più mite di questo delitto. Parla di una madre, che vuole *suam nefarie abusam livitatem celari tegique*, e per regola punisce l'infanticidio meno del parricidio: *ad desperationem praeveniendam vitandamque.* Ma, per limitarmi ad una sola osservazione, forse l'intenzione di nascondere la leggerezza necessariamente dipende dal motivo di salvare l'onore del sesso? Non può la fanciulla aver occultato la sua gravidanza, ed ucciso il suo figlio, per paura delle sevizie de' genitori, o per tema di non trovar più sussistenza, o per impedire gli affanni, che proverrebbero a'suoi congiunti dallo scoprimento della sua debolezza, o per altri motivi? Eppur queste sono cagioni che più spesso del sentimento d'onore producono l'infanticidio: e noi non possiamo ammettere, che la Carolina

non le abbia volute valutare, perchè le sue parole si accomodano ottimamente anche ad esse. Di più la volontà di occultare la commessa leggerezza convien certamente ancora ad una donna, che abbia illegittimamente partorito altra volta, ed il cui fallo anteriore sia noto al pubblico; mentre, quando si volesse partire dal solo motivo di salvare l'onore del sesso, non si potrebbe applicare la disposizione della Carolina ad una tal delinquente, nè da questa si potrebbe commettere un infanticidio privilegiato.

3) I moderni tentativi di legislazione, salvo il progetto sassonico, non partono assolutamente dall'accennata idea, che si debba punire più lievemente l'infanticidio, commesso per salvare l'onore del sesso (24). Imperocchè i medesimi non esigono per la essenza di fatto dell'infanticidio l'occultazione della gravidanza e del parto: e, quando una legge non richiede ciò, è impossibile, che presupponga quel requisito. Anch'essi per altro non prendono l'infanticidio, come faceva l'antica pratica germanica, ed il diritto particolare sassonico, ma lo puniscono con una pena più mite di quella dell'omicidio. Ma che li determinò a trattare con più dolcezza questo delitto? Noi non andremo errati, se ammetteremo, che tutti furono indotti dalle stesse ragioni, che sono espresse nei motivi del progetto riveduto di codice penale per la Baviera (Monaco 1824. p. 198. e seg.): con che sta in piena armonia ciò, che i progetti citati nella nota 2. stabiliscono intorno all'essenza di fatto dell'infanticidio. Questi motivi modificano la punizione del menzionato delitto solamente ed unicamente *a cagion dello stato di una gravida* (*non* di una donna *illegittimamente* gravida), *di una partoriente, e di una fresca puerpera*. Ivi in fatti si dice: « I fonda- » menti di punizione più mite dell' infanticidio, stanno

(24) V. i progetti citati di sopra nella nota 2.

« nella *natura dell'organizzazione muliebre, e dell'atto del « partorire.* L'atto del parto è un avvenimento, che tanto « attacca l'intiera organizzazion della donna, e produce « un così violento eccitamento nervoso, che ancora lo « stato spirituale e psicologico della partoriente non di « rado ne rimane scosso sensibilissimamente, onde vien « prodotta una specie di mania, che diminuisce d'assai « l'imputabilità ». Perciò il progetto bavaro del 1827, e quello del 1831, non attribuisce alcun peso all'occultazione della gravidanza e del parto, e, come già aveva fatto il progetto di Gönner del 1822, mitiga le disposizioni del codice penale del 1813, che aveva minacciato di morte l'infanticidio reiterato, e punito con le catene la infanticida, che aveva vissuto da meretrice. « Imperocchè (dicono i prenominati motivi in proposito della recidiva) « in veruno de'più delitti, da lei commessi, l'autrice fu « padrona del suo stato fisico, od intellettuale: ed anche « una meretrice è donna, e soggiace nell'atto del parto « alle leggi della natura muliebre ». Neppure nel caso, in cui la donna, che ha tenuto una riprovevol condotta, non abbia avuto alcun eccitamento al fatto dal trattamento severo de'suoi genitori, o superiori; in cui prima del parto abbia formato la risoluzione di uccider la prole; ed in cui la specie del parto non dia il menomo indizio di confusione di spirito, o di mania; i menzionati motivi, e gli accennati progetti escludono in alcun modo l'infanticidio privilegiato. Poichè i motivi dicono: « la subi- « tanza del parto, e delle sue conseguenze, la possi- « bilità, che in quel momento, come spesso avviene, « si presentino sì fatte conseguenze, tuttochè non si sieno « manifestate per mezzo di fenomeni determinati, è per « la legge un motivo sufficiente di ordinare una punizione « più mite. »

Andrei troppo in lungo, s'io qui volessi discoprire

tutte le parti deboli di sì fatti motivi, e mostrare a quali conseguenze condurrebbe questo modo di valutare le semplici *possibilità*, escluse in molte occasioni dal fatto, e l'ammettere il caso di una mania, in virtù del quale, pigliando, come fanno questi motivi, le possibilità per realità, non sarebbe dato quasichè mai di giustificare una pena. Mi permetterò solamente di richiamar l'attenzione su di una grande inconseguenza, che i progetti ed i motivi menzionati contengono. Quando *solamente ed unicamente nello stato della partoriente*, *o della puerpera*, o, come si dice, *nella natura dell'organizzazione muliebre, e dell'atto del partorire* sta la ragione della pena più mite dell'infanticidio, perchè quei progetti e motivi ristringono alla madre *illegittima* l'idea dell'infanticidio più lievemente punito? Se vogliono essere conseguenti, è necessario, che puniscano meno anche la madre *legittima*, che uccide il suo figlio appena nato; perocchè anche in questa la natura dell'organizzazione muliebre e del parto è certamente la stessa.

È poi manifesto, che nei rammentati motivi lo stato, in cui si ritrova una donna nel tempo della sua gravidanza, e dopo il parto, è dipinto con troppo forti colori. Sebbene ciò che dicono quei motivi possa frequentemente convenire allo stato di una donna nel tempo del parto, sarà per altro applicabile assai di rado allo stato, che succede al parto. Lo stato ordinario, posteriore al parto (ed io credo di potermi in questo proposito riportare all'esperienza della maggior parte degli ostetrici) non è mania, nè confusione di mente: e, quantunque con esso si accompagni talora un'irritazione nervosa; questa per altro non suole avvicinarsi alla mania, e nemmeno esser tale da diminuir per sè sola l'imputabilità, quantunque in ogni caso si possa parlare di diminuita imputabilità. Di più l'argumentazion dei motivi condurrebbe ancora ad

altre conseguenze, che non si trovano per vero dire tirate nel progetto, al quale essi precedono. Volendo applicare logicamente questi argomenti, non si dovrebbe parlar solamente del delitto privilegiato d' infanticidio, ma dei delitti privilegiati delle partorienti e delle puerpere. Imperocchè, se l' atto del parto produce, come i motivi asseriscono, un eccitamento nervoso così violento, che lo stato della partoriente non di rado ne rimane scosso sensibilissimamente, e ne risulta una specie di mania; se la possibilità, che ciò avvenga in ogni caso di parto, dee costantemente produrre una legal diminuzione di pena; e se niuna circostanza indubitata ha mai la forza di provare, che uno scompiglio di spirito non è effettivamente accaduto; sembra richiesto dalla logica deduzione, che non solamente la strage del figlio appena nato, ma ancora ogni delitto, commesso da una donna dentro ventiquattr' ore dopo il suo parto, e così l'uccisione d'altri figli illegittimi anteriormente dati alla luce, l'uccisione o la lesione di altre persone, il furto, la truffa, e la frode, debba colpirsi dalla legge con pena più mite.

Lo stato fisico e psicologico di una gravida, e di una partoriente, o di una puerpera, che si è appena sgravata, ha in sè certamente qualche cosa di particolare; ma, come si è notato, non può per altro produrre nella donna una tale alterazione da render meno punibili i delitti in quello commessi. E se ha luogo talvolta un caso straordinario di eccezione; esso va sottoposto ai principj generali, dietro i quali vien diminuita o soppressa l' imputazione. Ma se quello stato della gravida, della partoriente, o della puerpera, va congiunto con la situazione particolarmente angosciosa di una donna, che ha illegittimamente concepito, e di cui non è ancor noto lo sbaglio; è allora ordinariamente di tal natura, che, se

non secondo i rigorosi principj del diritto criminale (25), per riguardi per altro di umanità, i quali non si potrebbero qui rifiutare dalla legislazione, motiverà la punizione più mite di un omicidio, commesso sopra l'oggetto, che generava quella situazione angosciosa, e mediante la cui morte veniva l'angoscia a rimuoversi (26). Ma questa situazione particolarmente angosciosa, come Martin la chiama a buona ragione, sta semplicemente nel pensiero delle conseguenze, che nascerebbero dal rendersi noto lo sbaglio; o le medesime consistano nel pubblico vitupero, o nel timor degli affanni dei genitori, o nei rimproveri o nelle sevizie, che da essi si aspettano, o nella perdita del servizio, o della prospettiva di futuro stabilimento. Quando non si voglia valutare questa situazione angosciosa, viene effettivamente a mancare ogni ragione di trattare in generale l'infanticidio con principj più miti. E che ancora la Carolina fosse determinata da questo solo riguardo a considerare, ed a punir, come fece, l'infanticidio, si dovrebbe rilevare dalle sue stesse parole. Essa limita in fatti l'idea d'infanticidio all'uccisione del figlio

(25) Io fui già d'altra opinione, in quanto credei, che lo stato di tal delinquente fosse perfettamente eguale allo stato di colui, che nell'affetto risolva ed eseguisca una strage. Ma ora credo per altro, che sarebbe malagevolissimo il provar questo punto. E sebbene noi in questo caso ammettiamo uno speciale eccitamento, che d'ordinario esisterà certamente; esso per altro varrà a mitigare la pena, quanto l'eccitamento e il travaglio di colui, che dopo essersi lasciato superare dalla tentazion di un reato, ne commette, per ricoprirlo, un secondo. Lo stato particolare della gravida e della puerpera non sarà comunemente tale, da escludere l'intenzione dell'omicidio premeditato, e da far collocare l'azione nella categoria del semplice omicidio d'impeto.

(26) Il codice penale bavaro del 1813, od almeno il comentario legale del medesimo (tomo II. p. 32.) parti da questo punto di vista, il quale per altro non fu portato nel codice stesso a tutte le sue consegnenze. Fra le compilazioni legislative moderne il progetto di Stübel muove assolutamente dai principj qui sostenuti.

illegittimo appena nato, commessa dalla sua madre, e parla di una madre, che vuole *suam nefarie abusam levitatem celari tegique* (27). Molti diritti particolari del suo tempo non punivano in vero questa azione con una pena più mite, ma anzi con la morte qualificata, cioè con la sepoltura della delinquente viva, e col palo. La Carolina vuole appunto declinare da tanto rigore. Essa non prescrive per regola la detta pena, nè la pena qualificata del parricidio, ma semplicemente quella dell'omicidio premeditato, *ad desperationem præveniendam, vitandamque*: e queste parole, congiunte alle altre *clam occiderit, partum celasset*, e *clam gestat*, delle quali fa uso la stessa constituzione, a null'altro si riferiscono, nè si possono riferire, che alla predetta situazione particolarmente angosciosa della madre. Ma questa particolare angoscia, in cui la madre scorge l'unico mezzo di salvamento nell'uccisione del figlio, esiste solamente allorchè la donna ha occultato la gravidanza ed il parto, o almeno crede, che il pubblico ignori l'una e l'altro. Imperocchè se ella, mentre era incinta, si fece vedere palesemente, e la sua gravidanza fu comunemente conosciuta, e confessata da lei medesima; tutto quello, che essa temeva, e che poteva metterla in angoscia, è già accaduto, e la terribile situazione, onde avrebbe potuto liberarla un infanticidio, e che sarebbe stata capace d'indurla a commetterlo, non esiste altrimenti. Ma se una tal situazione viene a mancare; risulta dalle cose dichiarate, che non si può ritrovare una ragion sufficiente per punire men gravemente l'infanticidio. Che se si volesse colpire di pena più mite, per via dell'organiz-

(27) Certamente si controverte, che la Carolina limiti in questo modo l'idea dell'infanticidio: ma sembra, che la maggior verisimiglianza militi per l'opinione, che abbiamo espressa nel testo. Conf. anche i miei elem., tomo II. p. 161. 162, e gli scrittori ivi citati.

zazione muliebre, e della natura della gravidanza e del parto; ci troveremmo portati, come si è dimostrato, a conseguenze, le quali stanno in aperta contradizione col nostro diritto positivo (28), coi principj generali della scienza criminale, ed anche con quelli, che son professati dai sostenitori di questa opinione.

Per lo che, ai termini del nostro diritto positivo, e secondo quello, che dai più si ritiene legislativamente, si dovrebbero sostenere nella nostra quistione i principj seguenti.

a) All' idea ed all' essenza di fatto dell'infanticidio, meritevole di pena più mite, appartiene l' occultazione della gravidanza e del parto.

b) Questa occultazione si dee prendere solamente nel senso, che il fatto della gravidanza e del parto non sia stato notificato, nè confessato dalla madre al pubblico, ma al più unicamente a persone, intime confidenti di lei, ed a condizione, che essa non sia stata per questo modo sottratta alla sua situazione angosciosa (29).

c) Se manca il requisito dell'occultazione della gravidanza e del parto, non esiste più alcun motivo, per cui si debba generalmente punire più dolcemente la strage del bambino. Quindi allora si deve applicare la pena del parricidio, a meno che la madre non si trovasse in qualche

(28) La Carolina non punisce men gravemente anche la madre legittima, e non ammette in generale, che i delitti delle gravide, o delle puerpere si debbano più dolcemente trattare.

(29) Sebbene altri abbiano cognizione dello stato di lei, ma essa nol sappia, o nol creda, la sua situazione riman sempre la stessa, e i requisiti essenziali subiettivi, che mitigano l' infanticidio, si conservano inalterati. D'altra opinione è G a n s nel suo scritto sopra l'infanticidio. Egli giunge persino ad esigere la esplicita negazione della gravidanza. Contro queste, ed altre false asserzioni, V. le mie osservazioni nel giornale letterario di Jena del 1824, num. 144, p. 188. e segg.

situazione straordinaria, che secondo i generali principj del diritto criminale diminuisse la sua penalità.

d) L'avere la delinquente già partorito altra volta, e così perduto l'onore del sesso, o l'essere incinta per la prima volta, non esercita alcuna influenza sopra l'idea dell'infanticidio privilegiato; perchè ciò che fa men gravemente punire questo delitto, e legalmente lo contrassegna, non è il solo motivo di salvare l'onore del sesso.

Rispetto a questi principj io mi permetterò solamente un'osservazione. In alcuni celebri trattati sull'infanticidio, si ammette per vero dire il requisito della occultazione del parto, ma si nega quello della occultazione della gravidanza. Ciò fanno segnatamente Mittermaier (30) ed Heffter (31). A me non sembra, che questa proposizione si possa difendere. Se l'occultazione del parto devè esercitare un' influenza sopra il delitto, ciò può avvenire soltanto allorchè tutto quanto lo sbaglio, e tutta quanta la situazione della infelice fu un arcano pel pubblico. Mittermaier, per fondare il requisito dell'occultazione del parto, dichiara, che essa serve di mezzo a coprir la vergogna, e nel medesimo tempo fa sorgere agevolmente il pensiero di uccidere il figlio, somministrandone la sicura occasione. Quando poi manca l'estremo del parto occulto, viene a cessare il motivo di perdere l'onore del sesso. Ma se si vuol parlare dirittamente, il motivo del timore di perdere l'onore del sesso non è già venuto meno, allorchè la madre ha confessato pubblicamente la sua gravidanza? Ed il mezzo di coprir la vergogna, non è già perduto? Io concedo pienamente a Mittermaier, che può esistere l'infanticidio privilegiato anche quando la gravida ha palesato il proprio stato al suo fecondatore. Ma in simil caso può sempre

(30) Nell'archivio di dir. crim. tomo VII. p. 326.
(31) Elementi §. 258. nota 5. 7. §. 259. nota 4.

sussistere quella occultazione di gravidanza, che, secondo il già detto, si richiede per l'infanticidio privilegiato. Heffter ancora, come ho accennato, è contrario al requisito della occultazione della gravidanza. Egli dice fra le altre cose: « È degna di osservazione la collisione, « a cui si riesce, quando si pone l'occultazione della « gravidanza fra i requisiti della essenza di fatto; perchè « in tal caso or si parla di minore penalità, or della pena « ordinaria del parricidio ». Ma io qui non trovo la menoma collisione. Se non mi sono ingannato nel riconoscere una relazione speciale, che Heffter volle attribuire a quella osservazione, essa si dovrebbe intieramente applicare a ciò che egli giustamente afferma dell'occultazione del parto. Mancando l'occultazione della gravidanza, nel senso accennato di sopra, o l'occultazione del parto illegittimo, non esiste in generale alcuna ragione per colpire il fatto della madre con una pena minore. Quindi allora si debbono applicare i principj del parricidio, semprechè concorrano tutti gli altri requisiti di questo delitto. Ma se si occultò la gravidanza ed il parto, si presenta l'infanticidio meno punibile.

Di niuna dichiarazione abbisognerà finalmente una svista, nella quale cadde Feuerbach (32), quando necessariamente richiese l'occultazione della gravidanza per la essenza di fatto dell'infanticidio, e sebbene mancasse la detta occultazione volle non ostante addolcita la pena di questo delitto. Postochè egli fosse indotto a tale asserzione dal suo preteso motivo attenuante del difetto nella essenza di fatto; questo esempio basterebbe a mostrare le false conseguenze, a cui mena quel principio. Per vero dire Feuerbach nelle moderne edizioni de'suoi

(32) Elementi §. 237. 240. conf. con le premesse, che si trovano nel §. 239.

elementi (§. 97) ha limitato assai quella causa attenuante: ma ancora con sì fatta limitazione essa non si può affatto giustificare; anzi, dopo la medesima, si può anche meno difendere ciò che egli afferma intorno all' influenza del difetto di occultazione della gravidanza sopra la pena dell' infanticidio.

VI.

CONTRIBUZIONI ALLA DOTTRINA DEL DUELLO, SECONDO IL COMUN DIRITTO GERMANICO, E LE MODERNE LEGISLAZIONI (DISSERTAZIONE DI *MITTERMAIER* ESTRATTA DAL TOMO XV. FASC. 3. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE, ANNO 1834.)

§. I.

Del duello secondo il comun diritto germanico.

Noi abbiamo già fornito delle contribuzioni alla presente dottrina in diverse memorie, inserite nell'archivio di diritto criminale. Ma il vedere, che in molti paesi, ove regna il diritto comune, le corti di giustizia si stimano autorizzate a punire il duello, e la maravigliosa diversità di queste decisioni, non meno che dei sentimenti professati in sì fatta materia dai giureconsulti, e dai moderni legislatori, ci richiama a più esatte investigazioni.

Rispetto alla posizione del giudice in que'paesi, che si reggono col diritto comune, ed in cui non esiste alcuna norma particolare intorno al duello, è malagevole determinare, se il recesso, così sovente citato, del 1668, sia una legge imperiale obbligatoria. La maggior parte dei moderni dottori lo negano, ma pure alcuni lo affermano (1). E la controversia non può riputarsi ancora decisa; perchè certe autorità sono rimaste affatto inos-

(1) Esempigrazia Jarcke nelle instituz. I. p. 226.

servate. Uno scrittore, il cui trattato sopra il duello comparve poco dopo il menzionato recesso (2), parla di quella legge imperiale come della *universalis Germaniae constitutio*, ed una ordinanza del Conte Palatino Giovanni Guglielmo per l'Arciducato di Jülich Cleve ec, in data del 10 Maggio 1692, dichiara di lasciare la materia del duello sotto l'influenza di ciò, che fu risoluto nella Dieta di Regensburg sotto di 19 Settembre 1668, ed è stato ordinato e pubblicato da S. M. Imperiale (3). In questa dichiarazione sembra trovarsi una testimonianza dell'avvenuta pubblicazione imperiale della detta legge. Ma, secondo le informazioni, da me raccolte in alcuni paesi, pare, che il recesso del 1668 avesse lo stesso destino di molti altri, cioè che la pubblicazione imperiale non avvenisse, e che certi Stati imperiali lo pubblicassero ne'loro territorj, o a forma di quello emanassero leggi sopra il duello. A non ammettere la pubblicazione cesarea sembra persuadere l'avvertimento degli Stati imperiali del 1680 (4). E siccome si manca di documenti, dai quali risulti, che nel diritto comune si considerasse in pratica il detto recesso come norma generalmente obbligatoria, così potrebb'essere inconveniente, che si volesse riportare al medesimo un giudice, che dovesse applicare il diritto comune. D'altra parte sono andati a vuoto i tentativi, diretti a mostrare l'impunità del duello con certi passi del diritto comune. Si credè già di poter dedurre da un testo romano (5), che almeno il *provocatus* dovesse rimanere

(2) Boechelius *Tractatus de duellis*, Lubec. 1680. cap. 83.

(3) Scott Raccolta delle leggi ed ordinanze, emanate nel già arciducato di Jülich Cleve ec., parte I. p. 208.

(4) Gerstlacher Raccolta delle leggi imperiali IX. p. 1221. V. anche la giusta opinione di Martin Elem. di dir. crim. §. 249. nota 2. e 3.

(5) L. 14. §. 6. D. *de bonis libertorum*, al fine della quale si legge: « *ignoscendum enim est ei, si voluit se ulcisci provocatus.* »

impunito: ma non si osservò, che le parole, alle quali si aveva riguardo, non erano in quel passo che *verba enuntiativa* (6), e che poteano condurre solamente a decidere, che il *libertus* vada esente dai pregiudizj, nei quali incorrerebbe, quando si permettesse contro il patrono, od il figlio di lui, una retorsione, o recriminazione, provocato a ciò dal contegno del patrono medesimo. Allorchè Welcher (7), per mezzo di passi romani, e dell' art. 135. della Carolina, cerca di provare l' impunità del duello ai termini del diritto comune, noi ammiriamo l' acutezza della sua argumentazione, ma non possiamo andar d' accordo con lui; perocchè l' analogia di testi, che parlano d'omicidio avvenuto in un pubblico certame (8), difficilmente si può adattare al duello. E sebbene nelle ultime parole della L. 7. §. 4. D. *ad L. Aquil.* si dia valore all' essere l'uccisione avvenuta *gloriae et virtutis causa*, quella gloria per altro, che nel certame permesso eccita il combattente, non equivale al puntiglio d'onore, che spigne il duellante a vendicarsi del proprio offensore (9). Poco del pari si può dedurre l' impunità del duello dai passi (10), che esimono da pena il suicidio (11). Imperocchè, prescindendo dal ricercare, se nelle leggi si trovi realmente espressa l' impunità del suicidio, la condizione d' un duellante non si può considerare come quella d'un suicida, nè è dato asserire, che

(6) V. la confutazione della ragione dedotta dalla L. 14. in Franzke *var. resolution.* lib. II, qu. 23. p. 329—52.

(7) Annali d' Heidelberg, 1818. num. 51. p. 815.

(8) L. 7. §. 4. D. *ad L. Aquil.*

(9) La L. 1. §. 6. D. *de postulando* distingue colui, *qui locavit operas suas, ut cum feris depugnaret*, da quello, che combatte con le fiere *sine mercede, et virtutis causa.*

(10) Si ricorre alla L. 3. *de bonis eor., qui ante scnt.* e alla L. 9. §. 7. *de pecul.*

(11) V. Henke Istituz. III. p. 599.

ogni duellante conceda al proprio avversario la facoltà di ucciderlo. Il duellante brama, non di cadere per mano dell'avversario, ma anzi di ferir lui, o si confida, che il successo del singolare combattimento sarà innocuo per amendue le parti. Perciò i duellanti pongono in opera tutti i mezzi per declinare dal proprio corpo i pericoli, che lo minacciano.

Nel diritto comune adunque tutto si riduce a vedere, se il giudice sia autorizzato a punire il duello, ancorchè non esista legge, che lo contempli: vale a dire 1) se il duello si possa punire come un delitto per sè stante, senza riguardo al successo avvenuto, e così anche quando l'eseguito combattimento non sia stato causa di morte, o di lesione ad alcuno: e 2) se il ferimento, o l'omicidio, commesso in duello, si debbano punire dal giudice secondo le leggi, che generalmente governano questi delitti.

Nel replicare alla prima quistione, bisogna badarsi bene dal confondere la posizione del legislatore con quella del giudice. Noi crediamo, che il primo non possa lasciare impunito il duello; perchè il duellante produce uno stato di cose, in cui la forza bruta dell'armi prende il luogo dell' amministrazione imparziale della giustizia., e perchè il duello medesimo è un mezzo sommamente pericoloso alla salute e alla vita umana. Ma se il legislatore non ha fatto alcuna comminazione al duello, come potrebbe il giudice decretargli su questi fondamenti una pena, per la cui quantità non possiede alcuna misura? Sebbene il recesso del 1668 dica (12), che i duelli si oppongono al diritto naturale, divino, e scritto, alla buona polizia, alla quiete e tranquillità pubblica, ed assalgono l'autorità nell' esercizio delle sue funzioni; queste sono

(12) V. Martin Elem. §. 249. nota 11.

ragioni, con le quali i legislatori, secondo il costume di quel tempo, cercavano di giustificare la severità delle pene minacciate, e la norma che si dovea pubblicare: ma da ciò non seguita, che le dette ragioni sieno elevate al grado di legge, quando manca la prova del valor legale di quel recesso, nè che debbano obbligare il giudice sottoposto al diritto comune. Farebbe dunque mestieri, che venissero mostrate delle analogie, onde risultasse la punibilità del duello (13). Dove si ricorra all'analogia della ragion fattasi, nasce la difficoltà di mostrare, che i passi, i quali parlano della ragion fattasi contro la volontà del danneggiato, convengano ancora al caso, in cui due persone si accordino a pretendere di sottrarsi alla tutela dello Stato. E quand'anche si volesse ammettere questa estensione; ai termini del diritto comune sarebbe sempre vero, che non si potrebbe discorrere di una pena pubblica, ma solamente di pene private (14). Oramai si riconosce sempre più, che la punizione della semplice ragion fattasi è oppugnata da poderose ragioni legislative (15). Quando poi si volesse attribuire al duello il carattere di un delitto contro lo Stato, in quanto i duellanti offendano il pubblico diritto di decidere le controversie ne'tribunali, e così disturbino la pace comune, occorrerebbe sempre una special comminazione penale, che non si trova nel diritto comune (16). Nè il giudice sottoposto al diritto comune sarebbe più fortunato quando

(13) Queste analogie poi dovrebbero esser legali, e non giuridiche. V. Bauer Elem. di dir. pen. §. 120.

(14) Bauer l. c. §. 256. Heffter Elem. §. 338.

(15) L'art. 171. del progetto di Hannover minacciava la carcere alla semplice ragion fattasi. La prima relazione della commissione statuale (p. 64) propone, che quell'articolo sia tolto.

(16) Heffter (Elem. p. 393) dice non senza ragione, che lo Stato non guarentisce quello, che i duellanti prendono ordinariamente di mira.

volesse punire il duello secondo i principj del *crimen vis* (17). Questa analogia potrebbe al più convenire ad un duello, in cui taluno ponesse a forza le armi nelle mani d'un altro, e lo costringesse a combattere, per conseguire, sotto l'apparenza d'una monomachia, uno scopo degno di pena. Ma il *crimen vis* richiede l'applicazione di una forza, intesa a mettere un altro nella necessità di fare, o di omettere, o di soffrir qualche cosa (18). La *vis* debb'essere in ogni caso applicata contro di uno, che non vuole quello, a cui si cerca di obbligarlo, e contemporaneamente diretta a constringerlo. Ora tutti questi caratteri non si adattano al duello convenzionale. Non si può veramente negare, che spesso taluno sia dalla disfida psicologicamente costretto al duello, in quanto che l'errore sciagurato si conserva sempre dominante, e lo sfidato sa bene, che, se non si batte, cadrà nella censura dell'opinione: ma da ciò non lice desumere, che il *crimen vis* comprenda anche il caso di una coazione psicologica così fatta. Quando il duello si volesse punire, quale specie del *crimen vis*, farebbe d'uopo considerare uno de'duellanti come costretto, ed esimerlo così da ogni pena. Nel diritto comune adunque non si trova alcun fondamento legale, che autorizzi il giudice a punire il duello, come delitto per sè stante, e senza rispetto al successo.

Le concordi opinioni de'moderni scrittori, cioè di Waechter (19), di Henke (20), di Bauer (21), di

(17) V. Martin Elem. §. 249, p. 607.

(18) Waechter Archivio di dir. crim. tom. XI. p. 635. Petermann *de praeceptis juris rom. circa crimen vis* (Rostoch. 1832.) p. 37. Heffter Elem. §. 330.

(19) Elem. II. p. 55-58.

(20) Institut. l. c. III. p. 600.

(21) Elem. §. 359. nota f.

Heffter (22), e di Feuerbach (23), confermano la giustezza della nostra affermazione. Nè sarà difficile il dimostrare, che la consuetudine del foro germanico ha reso omaggio ab antico alle medesime idee. Se in fatti si consultano gli antichi criminalisti, si trova, che essi fanno o un ragionamento generale sopra la punibilità e la nocevolezza del duello, o una deduzione diretta a stabilire, che il duello non dee riputarsi esente da pena, quasi fosse necessaria difesa per salvare l'onore, o si riferiscono a leggi particolari, da cui si proibiscono i duelli sotto sanzioni penali, o parlano solamente di casi di uccisione sofferta da qualcheduno de'duellanti. Così il Carpzov (24), le cui opinioni esercitarono tanta influenza nella pratica germanica, parla soltanto dell'uccisione commessa in duello, e ricerca, se le si debba applicare la pena della Legge Cornelia (25): su di che si attiene costantemente all'opinione generalmente ricevuta (26), per la quale il provocato debb'esser giudicato con minore severità, anche quando abbia ucciso il proprio avversario. Eziandio nelle raccolte di decisioni (27) si parla di punizion del duello solamente quando ne segue la morte, o un ferimento grave, ed in simili casi la pratica pure inclina a non applicare la pena capitale. Il luogo ancora, in cui si trova trattato del duello negli antichi compendj (28), mostra,

(22) Elem. §. 371.

(23) Elem. §. 193.

(24) *Praxis rer. crim. qu.* 29. *num.* 71. *seq.*

(25) Nel num. 73 il Carpzov parla ancora del caso, in cui il provocato non si sia presentato alla tenzone, ed allora lo scrittore vuole che il provocante soggiaccia a pena straordinaria. Ivi per altro si tratta di applicare la constituzione sassonica.

(26) Gail observ. obs. 100. num 6—12.

(27) V. per esempio Meister sentenze e pareri giuridici parte I. p. 74.

(28) Si vede posto fra i delitti contro la vita altrui anche in

che questo fatto non si contemplò che nella sua direzione contro la persona altrui, e che si fece così soggiacere a pena, allorchè ne procedè omicidio, o ferimento. E dalle testimonianze della pratica successiva risulta, che, a motivo delle relazioni speciali del duello, non si possono applicare le pene ordinarie dell'omicidio premeditato (29) neppur quando sia stata prodotta uccisione, ma che suole applicarsi una pena restrittiva di quattro o cinque anni al più (30). Ora chi prende a considerare diligentemente questa pena (31), si accorge di leggieri, che il vero punto di vista, frequentemente sfuggito ai giudici stessi, consiste nel contemplare ordinariamente come colposo il successo del duello (32). A sostegno di questa opinione (33) si può dire, che il successo di ogni azione, nocivo alla vita altrui, in quanto non fu pigliato di mira, non è dalle leggi imputato nemmeno a *culpa*, se non si potè agevolmente prevedere. Ogni duellante bensì dee sapere di esser posto dal duello nel caso di uccider facilmente il proprio avversario, perchè nell'impeto della mischia, o per le vicissitudini del combattimento, benchè manchi l'intenzion di ferire, un movimento inaspettato del nemico può dare al colpo una direzione di esito mortale. Se non che parlando ancora di *culpa*, si offre nel caso presente una causa, che ne aggrava la pena; perchè l'opinion generale reputa

Quistorp Princ. fond. §. 333. Egli vuol punito il duello anche quando non ne sia derivata uccisione, perchè considera come obbligatorio il recesso del 1668.

(29) Meister *Principia jur. crim.* §. 326. ed osservazioni pratiche del med. t. II. num. 25. p. 247.

(30) Tittman Instituz. par. II. p. 86.

(31) V. Bauer Elem. §. 360.

(32) Ne dà un cenno anche Meister *Principia* ec. §. 328.

(33) È ammessa ancora da Grolman Elem. §. 358. Feuerbach §. 193. Heffter Elem. §. 371. nota 3.

pericoloso alla vita il duello, e niuno può ignorare di non esser padrone del successo, non ostante la maggior destrezza, e la miglior volontà. Che se poi il duello è anche vietato di per sè stesso dalla legge del paese, la natura illecita dell'azione presenta un altro motivo di accrescer la pena. Sebbene così l'applicazion della pena della *culpa* agli omicidj avvenuti in duello sia approvata dalla pratica del diritto comune; pur questa massima sembra stare in contradizione con l'opinione da me difesa in un'altra memoria (34), dove sostenni, che agli omicidj ed ai ferimenti effettuati in duello non si possono applicare le leggi penali, che governano in generale il ferimento e l'omicidio. Noi per altro stimiamo sempre giusta una tale opinione, in quanto che il giudice non è autorizzato a punire chi uccise l'avversario in un duello ordinario, come colui che pose intenzionalmente a morte il proprio nemico fuor di duello. La giustezza di questa opinione è riconosciuta eziandio da von Oppen (35), da Henke (36), da Mongalvy (37), e da Pinet (38): ed anche quei dottori (39), che non sono pienamente di questo parere, toccano dell'influenza del consentimento (40), o di una specie di necessaria difesa nel duello. Per dire il vero, non mancano rispettabili autorità, che stanno per l'applicazion generale delle leggi sull'omicidio premeditato, e sul ferimento, anche all'uccisione, o ad altra lesione commessa in duello. Sono esempigrazia di questo avviso Poggi (41), Mar-

(34) V. Nuovo archivio di dir. crim. t. VIII. p. 452.
(35) Contribuzioni alla revision delle leggi (Köln 1833) p. 56.
(36) Instituz. III. p. 604.
(37) Nouveau projet de loi sur le duel. Paris 1833. p. 27.
(38) Le duel en jurisprudence et en legislation Paris 1829. p. 37.
(39) Bauer Elem. §. 360.
(40) Feuerbach §. 193.
(41) *Elem. jurispr. crim.* (Florentiae 1847) lib. III. p. 32.

tin (42), den Tex (43), Quintus (44). In sì fatta diversità di sentenze non sarà forse giudicato inutile un nuovo esame della quistione.

Il duello è innegabilmente fondato sopra una convenzione, che i duellanti dichiarano di voler contrarre per modo, che ciascheduno incontri un pericolo, e si sottoponga al successo possibilmente peggiore per la sua vita, o per l'integrità del suo corpo (45). Questo patto colloca i duellanti in una posizione diversa da quella, che si scorge in un'altra uccisione, in cui l'uno assale violentemente l'altro. Niuno dei due, ancorchè lo incolga il più sinistro successo, può lamentarsi dell'altro; perchè antecedentemente dichiarò di volersi assoggettare all'esito del combattimento. Non è concesso nemmeno ammettere, che nel duello uno dia la propria vita in mano all'avversario; perchè ciascheduno de'duellanti spera con la sua destrezza di dare alla pugna un esito propizio, o conta almeno nel favore della fortuna. Quindi fa d'uopo stabilire, che il patto del duello non è di rinunzia alla vita, ma di semplice combattimento. E se si esamina questo patto, si vede, che non esiste prescrizione di diritto comune (giacchè il recesso imperiale non ha forza di legge), che lo dichiari punibile, e che tutto dipende dal valore, che il giudice deve attribuire alla convenzione. Noi certamente ammetteremo di buon grado, che un simil patto non abbia alcuna validità agli occhi della legge, e che da esso non nasca azione di sorta: ma si correrebbe troppo, affermando, che il giudice lo dee considerare come non esistente.

(42) Elem. §. 249.

(43) In una bella memoria sopra il duello inserita ne' suoi saggj di giurisprudenza t. VII. p. 30.

(44) *Dissert. de duello eiusque puniendi ratione*. Groning. 1830. p. 83.

(45) Von Oppen Contribuzioni p. 58.

Questo patto in fatti altera essenzialmente la relazione, che altrimenti intercede fra due persone, una delle quali uccide ostilmente l'altra; fa nascere una relazione affatto diversa da quella, che il legislatore contempla nell'emanar la legge sull'omicidio; modifica grandemente l'incolpazione dell'uccisore: ed il giudice, che è richiamato a ponderare esattamente tutte le circostanze, che determinano il grado dell'ingiustizia, ha pure il dovere di aver riguardo alla convenzion di duellare, fintantochè almeno non esista una legge, che la dichiari punibile. Ancorchè per altro esistesse questa legge, l'uccisore in duello non dovrebbe soggiacere alla pena dell'omicidio, ma solamente a quella, che s' incorrerebbe contraendo ed effettuando la convenzione proibita. Il patto di duellare ha questo in sè di speciale, che uno s' impegna in un combattimento, e si espone ad un pericolo, per sottrarsi ad un altro pericolo. Quest' ultimo pericolo è creato dalla falsa opinione, che riconosce nel duello un mezzo di salvare l'onore, ed esige da ogni offeso, e da ogni sfidato, che mantenga respettivamente l'onor suo con l'arme alla mano. E dove uno ricusi di rendere omaggio a questo errore, dee temere di esser tenuto nel concetto di un vile da'suoi eguali, di trovarsi esposto a nuovi bistrattamenti, di compromettere in somma la sua civile esistenza (46). Queste riflessioni non saranno certamente insignificanti pel legislatore, che non voglia porre in contradizione con la pubblica opinione la sua legge penale sopra il duello, e quindi abbia cura di rispettare l' error dominante, ad effetto almeno di non comminare una pena troppo severa, e s'ingegni di dissipare la storta credenza con una saggia legislazione in materia d'ingiurie, affinchè venga tolto all'offeso ogni pretesto di rendersi ragion da

(46) Come quando l'ufficiale è costretto a prendere il suo congedo.

sè stesso. Il legislatore per altro si dovrà badare eziandio dall'applicare troppo generalmente questi riguardi; perocchè l'esperienza insegna, che la coazione al duello, per timore di altri pregiudizj, è propria solamente di certe condizioni, e non già di tutte. Non è da negare, che in molti Stati il nobile dee temere da per tutto il disprezzo de'suoi eguali, se non duella; che l'uffiziale principalmente, il quale sfuggé un certame singolare, giudicato da' suoi commilitoni necessario a salvar l'onore, può trovarsi costretto a prendere il suo congedo; e che la falsa opinione esercita una potenza mirabile anche fra gli scolari delle università (*). In altre condizioni al contrario il tempo ha già tolto la forza all'errore. Il semplice cittadino, tuttochè schivi il duello, non è perciò dispregiato da' suoi concittadini: l'impiegato civile, rifiutando di duellare, non vede esposta a pericolo la propria estimazione, e solamente in alcuni luoghi la nobiltà personale, che si attribuisce ad alcuni alti dignitarj dello Stato, li può collocare nelle stesse circostanze del nobile. Ma questa è sempre una rara eccezione: e sebbene nelle prime settimane i ciarlieri scioperati si vadano occupando della supposta viltà di colui, che non volle duellare, quelle misere voci si riducono ben presto al silenzio, e l'uomo, che d'altra parte è degno di onore, non teme di perder la stima de'suoi concittadini. Quindi il prudente legislatore separerà il duello in genere (quello cioè, in cui si fa astrazione dalle condizioni particolari delle persone) dal duello, che si presenta fra i nobili, gli uffiziali, e gli studenti, ed accomoderà speciali provvedimenti a sì fatte relazioni.

(*) Nelle università di Germania è comunissimo fra gli scolari il duellare col fioretto; onde avviene, che il viso dei Tedeschi, che le hanno frequentate, sia quasi sempre segnato di qualche sberleffe. N. d. T.

Ma, quantunque il giudice sottoposto al diritto comune si conservi fedele alla pratica finqui seguitata, ed avuto il conveniente riguardo all' indole del patto intervenuto fra'duellanti non giudichi dolosa, ma colposa, l'uccisione da uno di loro commessa, la giustizia persuade, 1) potersi dare dei casi, in cui l'uccisore dell'avversario in duello debba, come reo d'omicidio premeditato, esser punito di morte, o trattato come responsabile d'omicidio d'impeto, e 2) potersi dare altri casi, in cui l' omicida si debba mandare impunito, o perchè a) l'effetto della morte casualmente accaduto non può essere imputato, o perchè b) l'agente si trovò nello stato di necessaria difesa. La pena dell'omicidio premeditato sarà in fatti giustamente applicata, ognorachè il duellante abbia fraudolentemente trasgredito le regole, stabilite dalla consuetudine, o precedentemente concertate, violando così l'eguaglianza delle condizioni, o si sia altrimenti servito del duello, come di occasione, o di mezzo, a pervenire allo scellerato suo scopo. Ciò può avvenire in diverse guise: e 1) quando l'uccisione fu possibile solamente in virtù di una violazione intenzionale delle regole del duello, determinate dall'uso generale, o dal precedente concerto. Chiunque, dopo che i secondi ebbero intimato di far alto, ammena un colpo al proprio avversario, e così lo uccide, o in un duello alla pistola, in cui fu convenuto, che ogni duellante si avanzasse contemporaneamente ad un dato segno, e tirasse ad una determinata distanza senza prender la mira, esplode prima del tempo, e pigliata la mira, è colpevole d'omicidio premeditato, a meno che le circostanze non mostrino per avventura, che ciò avvenisse senza proposito. 2) Si dica il medesimo, se taluno, anche senza violare immediatamente le regole del duello, tragga astutamente da circostanze imprevedute dei vantaggi, che non sono conciliabili con la scambievole egualità della relazio-

ne, e solamente in forza di essi uccida l'avversario: come se per esempio in un duello fatto senza testimoni A scivolasse inaspettatamente sul terreno uliginoso, e B lo colpisse e lo uccidesse in quell'istante. 3) L'omicidio può riputarsi parimente premeditato, anche quando taluno avventi un colpo mortale al proprio avversario, già divenuto incapace di continuare il certame, o perchè per debolezza non può sostenere più a lungo la sciabola, o perchè è rimasto disarmato. 4) Finalmente si può figurare il caso d'un'uccisione punibile, come omicidio premeditato, anche quando un duellante, pel quale è cessato affatto il pericolo, che gli sovrastava dall'avversario, lo uccida a tenore di un concerto, che gliene dava la facultà. S'immagini esempigrazia, che due duellanti traggano a sorte, chi di loro debba avere la pistola carica, e chi la scarica. A, ricevuta dalla sorte la prima, la esplode a sangue freddo contro B, e lo uccide. Qual persona di retto sentire, ancorchè la fortuna gli avesse concesso un simil favore, s'imposterebbe di fronte al proprio avversario, e lo porrebbe a morte? Se dunque taluno può giugnere a questo eccesso, egli dee rispondere di omicidio premeditato. So bene, che in questo caso, come generalmente nel duello alla pistola, moltissimo dipenderà dalle più piccole circostanze concomitanti. Dove nella fattispecie riferita sotto num. 4. i duellanti avessero tirato a sorte, ma dopo ciò non si fossero assicurati della pistola, che era carica (47), e postisi di fronte avessero contemporaneamente sgrillettato, si potrebbe difficilmente incolpare di omicidio premeditato l'uccisore. Neppure colui, che sgrilletta la pistola contro il proprio avversario, dopo che questi la esplose generosamente all'aria, merita sempre il rimprovero di omicidio premeditato, quando specialmente sap-

(47) Questa circostanza poteva esser nota solamente ai secondi.

pia, che il combattimento, a tenore del concerto, non debba finire con due soli colpi.

Il semplice patto, col quale i duellanti abbiano convenuto, che uno di loro dovesse rimanere estinto sul campo, non basta a dare all'uccisione il carattere di omicidio premeditato. Il legislatore avrà certamente delle buone ragioni per minacciare di pene più severe un duello eseguito dietro sì fatto concerto: ma i riguardi, che decidono nel duello, considerato come genere, sono applicabili ancora a questa specie di esso. Qui pure abbiamo il concerto di un combattimento: e se l'uno si propone di uccidere l'altro, è anche vero, che ciascheduno espone nella pugna la propria vita. La indefinita ed incalculabile diversità delle vicende del certame, o in alcuni duelli il semplice caso, decide dell' esito: e la coscienza del sopravvivente è in qualche modo tranquilla, quando egli combattè a condizioni, eguali a quelle dell'avversario.

L'impunità del duello, non ostante che uno de'combattenti sia rimasto ucciso, può essere ammessa 1) quando la morte ebbe luogo per conseguenza di un puro caso, o in virtù d'una circostanza imprevista, come se un arme esplose di per sè, e ferì l'avversario, od uno de'duellanti urtò per propria imperizia nell'arme di un secondo. 2) Di più l'impunità può aver luogo pel caso della necessaria tutela di sè, allorchè il duellante aveva l'intenzione di tenersi soltanto sulle difese (48), e desiderava di

(48) Si faccia il caso di un uomo sommamente tranquillo, che da gravi ingiurie ricevute da alcuno, e dagli eccitamenti de' suoi eguali sia costretto a duellare; che abbia antecedentemente dichiarato ai secondi ed ai testimoni, che si batteva unicamente per sodisfare alla falsa opinion dominante; che in dieci assalti abbia fatto di tutto per risparmiar l'avversario, e si sia solamente difeso; che dopo i primi assalti abbia detto di esser pronto a pacificarsi; ma che dal furore dell' avversario sia posto nella necessità di provvedere alla propria salvezza.

non ledere menomamente l'avversario, e non ostante gli aperse una ferita mortale, per liberarsi dal pericolo, in cui veniva posto da lui, di perder la vita. Non v'è che la più esatta considerazione di tutte le circostanze, che possa mettere il giudice in grado di pronunziare una giusta sentenza.

§. II.

Principj delle moderne legislazioni intorno al duello.

Noi abbiamo già parlato in un' altra memoria (49) della singolar posizione, in cui si trova il giureconsulto francese rispetto al duello. Il codice francese non lo rammenta affatto, e da ciò è nata una maravigliosa diversità di opinioni. Alcune corti francesi, attenendosi al discorso dell'oratore del governo nel proporre il codice penale (50), partono dal principio, che il duello non sia un delitto per sè stante, ma che il successo sinistro del duello si debba punire secondo le leggi generali, che governano la materia dell'omicidio, o del ferimento (51). Certi tribunali, parte dal silenzio della legge, parte dall' indole speciale del duello, parte dalle massime legislative, che dominavano a tempo della rivoluzione, dedussero, che la volontà del legislatore era stata quella di lasciare impunito il duello (52). Altri considerano in particolar modo, se si presenti il caso della slealtà, cioè della violazione delle

(49) Nuovo archivio di dir. crim. t. VIII. p. 454—457.

(50) V. Quintus dissert. cit. p. 93.

(51) Degna di special considerazione è una sentenza pronunziata nel 1828 dal tribunale di appello di Colmar. V. *Gazette des tribunaux* 1828, nr. 1032.

(52) Questa è l'opinione più comune. V. Bourguignon *Jurisprudence* III, p. 265.

regole del duello (53). Nell'anno 1818 la camera dei pari, come corte di giustizia, sentenziò, che il duello non era delitto: e nel 1819 la camera dei deputati deliberò di pregare il Re, affinchè facesse proporre un progetto di legge sopra il duello, per riempire il vuoto esistente. Che la corte di Cassazione in più decreti riconoscesse, che il duello non sia punibile, fu notato da me in altro luogo: ma più importante di tutte fu la sua decisione dell'anno 1828, quando la camera delle accuse di Nancy rinviò alla corte di giustizia un accusato di omicidio in duello, ed essendo stata cancellata questa sentenza dalla corte di cassazione (54), la corte d'appello di Metz, e più tardi quella di Colmar giudicò come quella di Nancy. Secondo la legge del 30 luglio 1828 il governo dovea presentare un progetto di legge sopra il duello, e ciò fece nel 1830 (55). Il progetto soggiacque nelle Camere a molte modificazioni, delle quali non convenne il Governo: e così, non essendo stato presentato alcun nuovo progetto, dopo il 1830 le cose rimasero in questa parte, quali erano innanzi. Bensì nelle opinioni ultimamente manifestate dalla corte di cassazione, che il duello non sia punibile, e nella circostanza del non esser passata la legge del 1830, ancorchè nelle discussioni, che ebbero luogo, fosse riconosciuto un vuoto nella legislazione, s'incontra una nuova ragione per non punire il duello (56), quantunque ne derivi la morte (57): e solamente in un caso, in cui venne fraudolentemente ucciso un individuo

(53) V. *Gazette des tribunaux* 1828, nr. 1039.

(54) Jurisprudence du XIX. siécle. 1828. section 2. p. 47.

(55) V. de Vaulx nel giornale di giurisprudenza straniera t. II. p. 88. e seg.

(56) Chauveau Còde pénal progressif. p. 284.

(57) Dal rapporto generale dell'amministrazione della giustizia criminale del 1832 risulta, che in quell'anno furono in Francia denunziati 28 duelli mortiferi, e 89 non mortiferi.

in un duello eseguito senza secondi, e senza testimoni, i giurati dichiararono colpevole l'accusato con circostanze attenuanti, e la corte lo condannò a dieci anni di reclusione (58). Anche gli scrittori di diritto francese, che parlano di questo tema, sono, tranne pochi (59), di opinione, che il duello non sia punibile a tenore del codice penale, e che le uccisioni commesse in duello non si possano riportare sotto le leggi comuni, che danno regola all'omicidio (60).

Se si ricerca il modo, in cui ne'paesi, che non appartengono alla Francia, ma nei quali vige ancora la legislazione francese, si è conformata la consuetudine forense, si vede tosto, che le corti di giustizia hanno fermato una massima più severa. Nel regno de'Paesi Bassi i tribunali (61) e gli scrittori (62) riconobbero, che alle uccisioni commesse in duello si debbono applicare le leggi comuni, relative all'omicidio. Nel 1827 il Governo propose agli stati generali insieme col codice penale il progetto di alcune disposizioni, nelle quali il duello è dichiarato espressamente impunito, se non produce ferite, o morte (63), si fa distinzione fra l' uccisione dello sfidato e quella dello sfidatore, e si minaccia, qual pena più grave, la reclusione o la relegazione fino ad otto anni. Il pro-

(58) Gazette des tribunaux 1834. Octobre nr. 2862. 2866. 2867.

(59) V. l'opinione di Odilon Barrot, citata da Mongalvy p. 21.

(60) A questi appartengono Brillat de Savarin (essai sur le duel, Paris 1819) Merlin, Carnot, Bourguignou, Mongalvy, Bataillard (du duel considéré sous le rapport de la moral, Paris 1829. p. 64.)

(61) Nel *Courier des Pays-bas* del 1826. nr. 92. è riportata una sentenza pronunziata in materia dalla corte d'assise di Brusselles.

(62) Quintus diss. cit. p. 107 den Tex l. c. t. II. P. 1. p. 111.

(63) Projet du côde pénal du royaume des Pays-bas 1827. artic. 214—224.

getto non fu accolto dagli stati generali (64). Nel 1828 fu discusso nel seno dei medesimi, se dovesse pubblicarsi una legge speciale sopra il duello (65). Cinquantasei voti si dichiararono per l'affermativa, e sei opinarono, che si dovesse continuare a riportare il duello sotto le leggi comuni, che danno regola all'omicidio (66). In un caso moderno la corte d'appello di Bruxelles riconobbe, che al ferimento avvenuto in duello vuolsi applicare la pena generalmente minacciata al ferimento nell' art. 311. del codice. Degna di specialissima attenzione è la sentenza profferita nel 1828, dal tribunal di Colonia, come camera correzionale di appello (67). Ivi sono primieramente sviluppati a parte a parte i motivi, per cui le leggi comuni sull'omicidio e sul ferimento non sono accomodate all'uccisione avvenuta in duello, che è un combattimento concertato (68); si aggiugne, che altrimenti si farebbe tutto dipendere dal solo caso, e che i legislatori francesi non ebbero l'idea di punire il duello, come delitto per sè stante: ma si dichiara poi, che ad onta di queste ragioni il tribunale non è autorizzato ad aver riguardo a sì fatte discolpe, perchè la legge francese non le ha considerate, anzi ha comminato senza distinzione la pena agli omicidj ed ai ferimenti. Quindi il tribunale decreta sei mesi di carcere (69).

Neppure il diritto inglese conosce alcuna legge penale particolare in materia di duello. E tenendo dietro

(64) Fu difeso da Asser *Coup-d'oeil sur quelques principes essentiels du droit criminel*, Brusselles 1828. p. 28.

(65) Quintus l. c. p. 66. den Tex l. c. P. VII. p. 43.

(66) Courier des Pays-bas, 1828. nr. 122.

(67) Gazette des tribunaux, 1834. nr. 2659.

(68) Archivio di dir. civ. e crim. delle provincie renane della Prussia, t. XII. p. 13.

(69) V. in proposito anche von Oppen Contribuz. alla revision delle leggi p. 67-72.

allo sviluppo di quella giurisprudenza (70) sembra, che i tribunali d'Inghilterra ignorassero affatto il duello avanti il 1615: nel quale anno Francesco Bacone, allora procurator generale, declamò contro il disordine del duello in una causa intentata contro un sacerdote, mostrò la necessità di dichiarare illegale questa specie di combattimento, di punire l'accettazione della disfida, e di applicare al caso le leggi comuni sull'omicidio (71). La camera stellata punì l'accusato. Da quel tempo in poi i tribunali perseguitarono il duello: ma si palesò del contrasto coi giurati, i quali, prestando omaggio agli errori dominanti, frequentemente dichiararono incolpevole l'accusato. Non mancano per altro dei casi, in cui il duellante fu condannato come omicida (72). Sembra bensì, che fra i giurati trovasse un numero sempre maggiore di seguaci l'opinione, che le leggi comuni sull' omicidio non sieno applicabili al duello: ed anche la camera dei pari, in qualità di corte di giustizia, assolvè qualche duellatore (73). Gli avvocati fecero valere, che il duello è un mezzo di salvar l'onore, e che lo Stato non ha diritto di punire questa specie di combattimento (74): si ebbe ricorso al perfezionamento del diritto, e l'assoluzione degli accusati per via d'uccisione in duello divenne cosa ordinaria (75). Ma la giurisprudenza inglese perseverò nell'affermare, che l'omicidio, o il ferimento, commesso in duello, dee soggiacere alle leggi penali comuni, perchè il duello è illecito di sua

(70) V. *Law Magazine*, fasc. XXII. p. 367.

(71) Howel *State trials*, XVII. p. 30.

(72) V. il caso notevole del maggiore Oreby *State trials* XVII. p. 30.

(73) *Law Magazine* l. c. p. 375.

(74) V. l'ingegnosa orazione dell'avvocato Stuart, *Law Magazine* l. c. p. 378.

(75) *Law Magazine* l. c. p. 380—382. V. altri casi nella *Gazette des tribunaux* del 1830 nr. 1455. 1611.

natura, e perchè ognuno dee sopportare le conseguenze della propria azione. E siccome questi principj furono insegnati dagli antichi scrittori Hale (76), e Foster (77), la cui autorità è sommamente rispettata nei tribunali d'Inghilterra, così trapassarono ancora nella giurisprudenza posteriore (78). Si pensò ben presto (79) a distinguere i duelli, che fossero combattuti una notte dopo l'avvenimento della contesa, o in un tempo in somma, in cui potesse giudicarsi cessato il bollore del sangue, da quelli, che avessero effetto subito dopo la contesa, e mentre ancora durava l'effervescenza dei contendenti. Nei primi non si volle concedere alcuna discolpa per via di provocazione, e non si fece che applicare la legge penale sull'omicidio premeditato: nei secondi il giudice fu richiamato ad esaminare, se dietro tutte le circostanze (80) potesse ammettersi, che la ferita fosse fatta dopo la cessazione del primo impeto, e se in generale una parte soverchiasse l'altra, o si contenesse con particolare malvagità. Dove il caso non presentasse circostanze aggravanti, si credè di doverlo considerare come omicidio precipitato (81) — *manslaughter.* — Ad alcuni giuristi parve punibile anche la semplice disfida, o consegna del cartello: e l'esecuzion del duello in luogo pubblico, ancorchè non ne derivi ferimento, si vuol punita dai giureconsulti inglesi secondo i principj dell'apprensione diffusa nel popolo alla vista dell'oppressione (*affray*) (82). Le leggi militari d'Inghil-

(76) *Pleas of the crown* l. p. 443.

(77) *A report of some procedings on the commission for the trial, and other crown cases,* London 1809. p. 297.

(78) Hawkins *Pleas of the crown.* l. p. 97. 487. Stephen *Summary of the criminal law,* London 1834. p. 138.

(79) Russel *on crimes and misdemeanors* l. p. 270.

(80) Russel l. c. p. 445.

(81) Ivi p. 446.

(82) Hawkins l. c. p. 487. Russel l. c. p. 270. 275.

terra (83) contengono disposizioni speciali sulla semplice disfida per l'uffiziale, che non impedisce il duello, come per chiunque mostra dispregio a chi non si batte.

In Scozia non esiste alcuna legge penale particolare intorno al duello: ma la consuetudine forense, che ammette anche meno del diritto inglese la discolpa dell'affetto, riconosce il duello come punibile di per sè, ed applica le disposizioni generali che si riferiscono all'omicidio (84).

Chi conosce la grande influenza, che le massime giuridiche inglesi esercitarono sul diritto dell'America settentrionale, comprende di leggieri, che il duello non vi può esser trattato più dolcemente che in Inghilterra. La legislazione anzi di alcuni Stati mostra una severità anche più grande, e massimamente la cura di estirpare un male, che nei costumi degli Americani trova minore indulgenza che in Europa. Avvengono in vero dei duelli fra gli uffiziali, fra gl'impiegati primarj e gli stranieri, e fra varj ordini di persone, in quelli Stati, i quali, come la Nuova Orleans, partecipano maggiormente delle costumanze francesi: ma il caso è rarissimo altrove; perchè in quella popolazione, che si è formata da diversi paesi, le false opinioni d'Europa radicarono meno, e non si trovano nello stesso modo quelle classi privilegiate, fra le quali si vedono accadere nel nostro emisfero i singolari certami (85). Noi vogliamo riferire, sulla fede di autorevoli testimonianze, le leggi più importanti degli Stati americani in materia di duello. — In Pensilvania una legge

(83) Foucher Revue étrangere par Foelix 1834, fasc. 9. p. 527.

(84) Hume *Commentary* I. p. 225—235.

(85) Cooper *Gli Americani del Nord* lettera 36 osserva che da trent'anni ha avuto luogo alla Nuova Yorch un solo duello.

del 1806 determina (86), che chiunque sfida al duello, od accetta la disfida, debba esser punito con cinquecento dollari, con un anno di reclusione, e con l'incapacità di tutti i diritti civili per nove anni; che qualunque occultatore di un duello sia sottoposto alla multa di cinquanta dollari; e che i secondi, del pari che le persone, le quali vituperassero il rifiuto di un duello, debbano soggiacere alla pena medesima de' duellanti. — Nello Stato di Alabama (87) ogni disfida, ed accettazione di essa, ed ogni eccitamento al duello, si punisce, a tenor della legge del 1804, con la multa di mille dollari, con un anno di carcere, e con l'incapacità degl'impieghi pubblici per cinque anni. Secondo una legge del 1819 ogni giudice, il quale abbia ragion di credere, che sia per aver luogo un duello, ha diritto di arrestar le persone, che ne sono sospette, e di esiger da esse una cauzione: e la pena della disfida e dell'accettazione è fissata in una multa di duemila dollari, ed in un anno di reclusione. A tenore di una legge del 1826 ogni impiegato, prima d'entrare in ufficio, dee giurare di non essersi mai battuto, di non aver mai prestato assistenza a un duello, e di non voler mai duellare. — Nello Stato dell'Ohio (88), secondo la legge del 1804, ogni disfida, ed accettazione di essa, il far da secondo, e il portar cartelli, si punisce con l'incapacità dei pubblici impieghi, e con la multa di duemila dollari, la quale, se il colpévole è insolvente, si permuta in dieci anni di reclusione. Per la legge del 1809 la multa è ridotta a mille dollari, e lo sfidatore, il duellante, e il

(86) Purdon *a digest of the laws of Pensylvania,* Philadelph. 1831. p. 224.

(87) Aikin *a digest of the laws of Alabama,* Philadelph. 1833. p. 134.

(88) *The statutes of Ohio edited by Chase,* Cincinnati 1833, vol. I. p. 441.

secondo debbono soffrire un' ora di gogna, nudati fino alla cintura. — Nello Stato di Nuova-York (89) l' uccisione commessa in duello si trae dietro, tanto pel duellante, che pel secondo, la pena dell'omicidio premeditato. Dove non ne sia derivata la morte, ma il ferimento, ha luogo la carcere fino a dieci anni per chiunque sfidò od accettò, e fino a sett'anni pel secondo. Sì l'uno che l'altro diviene inoltre incapace di pubblici impieghi. Chiunque rimprovera un altro di non avere accettato un duello, dee soggiacere alla carcere fino ad un anno, e pagare la multa di dugentocinquanta dollari. — Nello Stato di New-Jersey (90), in virtù della legge del 1829, la disfida e l'accettazione si punisce con cinquecento dollari, e con due anni di carcere, e il duello effettivo, quando non sia causa di morte, con mille dollari, e con quattro anni di carcere. Il moderno codice criminale, pubblicato in quel paese nel 1834, non è che una copia delle leggi di Nuova-York, dalle quali differisce un poco solamente per una certa maggior dolcezza di pene. — Nello Stato di Connecticut (91) la disfida, o l'accettazione, soggiace alla pena dell'incapacità dei pubblici uffizj, ed alla multa di tremila dollari, alla quale si sostituisce un anno di reclusione, se il colpevole è impotente a pagarli. Nello stesso modo è colpito il secondo e il testimone. Se del duello è conseguenza la morte, si fa luogo alla pena dell'omicidio premeditato. La qual massima è seguitata dalle corti di giustizia anche negli altri Stati d' America. — Nello Stato di Georgia (92) una legge del dicembre 1832 ha

(89) *Revised statutes of the State of New-Yorck*, Albany 1829. part. IV. chap. 1. tit. 1., vol. V. art. 1. tit. VI.

(90) *Compilation of the public laws of the state of New-Jersey*, Camden 1833. p. 237.

(91) Swift *Digest of the laws of Connecticut*, 1823. vol. II. p. 234.

(92) V. l'*american jurist*, 1834. fasc. XXII. p. 468.

abolito il giuramento, che già si dovea prestare entrando nei pubblici impieghi, e l'incapacità di conseguirli, nella quale s'incorreva per l'avanti col duello. In avvenire i duellanti e i secondi saranno puniti con la carcere da quattro fino ad otto anni. — Disposizioni molto più particolarizzate si contengono nel progetto di Livingston per la Luisiana (93). Quel celebre giureconsulto, nella sua introduzione al codice (94), ha fatto notare, che non le vere calunnie, ma le semplici ingiurie sogliono eccitare al duello; ed ha mostrato la necessità, in cui è la legislazione, di dare una conveniente sodisfazione all'ingiuriato, e di constituir la pena al certame singolare, quando i cittadini ricusino di profittare dei mezzi legalmente concessi. Livingston vuole di più, che il duello sia minacciato di pene particolari, anche quando ne derivi uccisione, o ferita, perchè altrimenti rimarrebbe facilmente impunito. La pena dell'omicidio premeditato non si deve applicare che quando la morte sia provenuta da un tradimento: come se fossero state violate le regole del duello, o un combattente avesse ucciso per via d'un vantaggio, che si fosse fraudolentemente procurato. Ognorachè la morte abbia luogo senza tradimento, il progetto propone la carcere da due a quattro anni, e la perpetua incapacità di diritti civili. Quando non si verifica ferimento di sorta, è comminata la carcere da sei a dodici mesi, e la sospensione dei diritti civili. Vanno sottoposti alla pena anche i secondi, e i latori de'cartelli. I procuratori dello Stato, e gl'impiegati giudiciarj debbono solennemente dichiarare sul proprio onore, che impediranno i duelli, e perseguiteranno i duellanti. Tutti gl'impiegati civili e militari sono richiamati, nell'entrare in uffizio, a giurare, che non si sono mai battuti, nè si batteranno in duello.

(93) *Code of offences and punishments*, tit. 19. chap. 6. p. 133.

(94) Tailiaudier Opinion de M. Livingston sur le duel, Paris 1829.

Anche nei moderni codici d'Italia s'incontrano disposizioni speciali intorno alla presente materia. Il codice di Parma (95) punisce lo sfidatore, che uccise, con la relegazione da dieci a vent'anni, e lo sfidato, che produsse lo stesso effetto di morte, con la relegazione da tre a dieci anni. Che se poi dal duello derivarono gravi ferite, lo stesso codice sottopone il feritore, che sfidò, alla relegazione da tre a dieci anni, e tratta più dolcemente il feritore, che fu sfidato. Il ferito, che sfidò, soggiace alla medesima pena del feritore, che fu sfidato. Se le ferite sono leggiere, si applica la carcere. La pena del confino, per la quale il punito si deve allontanare da un determinato luogo, indicato dalla sentenza, colpisce i duellanti, se non seguì ferimento di sorta, del pari che gli sfidatori, e gli accettatori delle disfide, se il duello non fu altrimenti eseguito per circostanze casuali, e finalmente i partecipanti, gl'instigatori, e i secondi. — Il nuovo codice pontificio (96) minaccia la pena di morte allo sfidatore, che uccise in duello l'avversario: alla qual pena vien sostituita la galera a vita, quando risulti, che egli non provocò l'altercazione. Soggiace alla pena di morte anche lo sfidato, che uccise l'avversario, ognorachè dal momento della disfida a quello dell'esecuzione del duello sieno decorse ventiquattr'ore. Se il duello è stato combattuto entro più breve tempo, e nell'impeto dell'ira, e n'è conseguita la morte, lo sfidato soffre la galera da dieci a quindici anni. Quando non ebbero luogo, che ferite, si applica la pena ordinaria dei ferimenti, accresciuta di due gradi per lo sfidatore, e di un grado per lo sfidato. La sem-

(95) Codice penale per gli Stati di Parma (1820) lib. II. cap. V. art. 358—365. Ivi si tratta del duello subito dopo il capitolo dell'omicidio.

(96) Regolamento sui delitti (9 Settembre 1832) tit. XX. art. 296—304.

plice disfida si trae dietro la detenzione da uno a tre anni, e la multa da trecento a mille scudi. Il duello senza conseguenze nocevoli si punisce con la stessa detenzione, aumentata di un grado, e con la multa da mille a duemila scudi. I secondi, gli eccitatori, e tutti quelli, che disprezzano chi rifiuta il duello, sono puniti come complici.

Rispetto alla legislazione germanica non occorre far parola della prussiana (97), e dell'austriaca, perchè i codici di amendue quegli Stati sono conosciuti di lunga mano, e nuove disposizioni sul duello non furono pubblicate, nè in Austria, nè in Prussia (98). All'incontro lo sviluppo, che in materia di duello ha ricevuto la legislazione in Baviera, merita di essere particolarmente osservato. La situazione di un giudice, che dee decidere a tenore del codice bavaro del 1813, è veramente difficile. Quel codice non rammenta affatto il duello: ma fino dal 28 Febbraio 1779 esisteva in Baviera un editto molto severo (99) su questo proposito. Le annotazioni al codice penale (100) dichiararono, che i crimini, o i delitti, che sono proprj di certe classi speciali, esempigrazia delle persone militari, e i duelli, che hanno luogo solamente fra individui di alta condizione, vadano sottoposti alle leggi, ed agli editti particolari. Anche nella recente raccolta di tutti i supplimenti, e di tutte le dichiarazioni del codice penale (101) viene accennato all'art. 1., che l'editto sopra

(97) Rispetto alla legislazione prussiana è comparso uno scritto sopra le ingiurie, il diritto domestico, la necessaria difesa e il duello. Berlino 1827. V. ancora il giornale di Hitzig fasc. 33. p. 150—193.

(98) V. Zum Bach Considerazioni sopra alcuni oggetti capitali di dir. pen. p. 346. e seg.

(99) Stampato nel libro di Braunmühl sopra il duello. Landshut 1826. p. 67.

(100) Tomo I. p. 26.

(101) Bamberga 1834.

il duello vale come legge generale, in quanto non si commetta col duello un delitto nominato nel codice stesso. Pare bensì, che i tribunali bavari non trovino difficoltà ad applicare le disposizioni del codice penale sopra l'omicidio e il ferimento, ogni qual volta succeda l'uno o l'altro effetto (102); avvegnachè si sostiene, che le annotazioni al codice non hanno forza di legge, ma debbono solamente servire a spiegarlo (103). Se non che la precisione, con cui parlano le annotazioni, e l'osservare, che il legislatore non poteva ignorare il duello, delitto troppo generalmente conosciuto, anzi doveva avvedersi, che, applicandogli le leggi penali, che ordinariamente governano l'omicidio e la lesione corporale, si darebbe motivo ad una soverchia severità, nè si farebbe luogo a punire il duello, che non avesse partorito sinistri effetti, perchè non gli convengono i caratteri del tentativo (104), autorizzano piuttosto ad ammettere, che il legislatore del 1813 avesse in mente di pubblicare in proposito una disposizione particolare, relativa alle classi, nelle quali per lo più accadono i singolari certami, e di lasciare provvisoriamente sussistere la consuetudine, che già vigeva, e l'antico editto, il quale, a motivo del suo rigore, non era stato giammai compiutamente applicato (105). L'oscillazione delle cose giudicate mosse la legislazione a pro-

(102) Ciò si approva da Braunmühl l. c. p. 65.

(103) Nelle leggi per gli studenti, promulgate nel 1814, si dice assolutamente, che, se dal duello deriva omicidio o ferimento, oltre alla repressione disciplinale si debbano applicare le pene, stabilite per questi delitti dal codice penale.

(104) Che cosa hanno tentato i duellanti? L'omicidio, o la lesione corporale? Si può egli parlare anche di tentativo colposo?

(105) Contro l'idea di applicare al duello, secondo il diritto bavaro, le leggi, che contemplano l'omicidio e la lesione corporale, V. ancora una memoria inserita nel giornale di giurisprudenza generale di Elvèr 1828 num. 79.

porre disposizioni speciali intorno al duello nei progetti del 1822, del 1827, e del 1831, nei quali si partì dal principio (106), che gli omicidj e i ferimenti, avvenuti per causa di singolare certame, non si possono considerare come omicidj e ferimenti ordinarj. Secondo il progetto del 1831 (107) il duellante incorre nella pena della casa di disciplina per dodici anni almeno, se il duello fu concertato mortale, ed uno dei combattenti vi perdè la vita: se poi, fuori di questo caso, avvenne la morte, od una grave lesione, pericolosa alla vita, il duellante incorre nella casa di lavoro per un tempo non minore di quattro anni: e se finalmente non ebbe luogo alcuna lesione, o fu fatta una lesione leggiera, il duellante soggiace alla carcere per tre mesi almeno. Tutti coloro, che assisterono al duello, come secondi o testimoni, o ad esso intenzionalmente contribuirono, soffrono la pena degli ausiliatori di grado supremo. Anche alla semplice disfida, od accettazione di essa, quando il duello non venne eseguito, è comminata la carcere fino a tre mesi, alla quale soggiace eziandio chiunque mostra dispregio a chi ricusa di battersi. Nei motivi del progetto del 1831 (108), i quali contengono molte acute osservazioni pratiche intorno al duello, si confessa l' imbarazzo, in cui si è ritrovato il legislatore, e si deplora l'esistenza di quell'editto severo, che abbiamo menzionato di sopra (109). Per causa della frequente difficoltà di determinare, chi sia lo sfidatore, e perchè non di rado lo sfidato fu quegli, che con una grave offesa pose l'avversario nella necessità di sfi-

(106) V. i motivi del progetto bavaro del 1827 a p. 112.

(107) Nel cap. VI sotto il titolo della perturbazion della quiete, e della privata violenza, art. 186.

(108) p. 179.

(109) Gl' indicati motivi a p. 180 dicono, che quell'editto non ha mai dato segni della sua forza vitale.

dare, il progetto non ha fatto alcuna differenza di minaccia penale fra l'uno e l'altro.

Questi principj del progetto bavaro hanno diretto, com'è palese, il nuovo codice penale pel regno di Grecia (110). Nelle pene bensì vi s'incontrano alcune piccole modificazioni. È minacciata per esempio la pena delle catene, se il duello fu concertato mortale, ed uno de'combattenti vi perdè la vita. È minacciata la carcere fino a due anni, se ebbe luogo ferimento, e il duello fu concertato senza secondi, o testimoni: i quali pure, quando sieno stati adoperati, sono dichiarati punibili dall'art. 210.

Le idee del progetto bavaro hanno influito eziandio in quello di Württemberg (111): le pene del quale per altro sono più miti, avvegnachè vi sia comminata esempigrazia la detenzione in una fortezza per non meno di due anni, quando una delle parti è rimasta uccisa. Ma se il duello fu concertato mortale, i colpevoli, secondochè uno de'combattenti è perito, o no, debbono, a tenore dell'art. 182, soggiacere alla pena, che le leggi minacciano all'omicidio precipitato, o consumato, o tentato. I secondi e i testimoni sono puniti egualmente.

Le disposizioni del progetto di Annover sono state da me già inserite in un altro luogo (112). Il progetto comparso più tardi, ed ora discusso negli Stati, declina dal precedente per una sproporzionata severità di comminazioni penali. Se il duello fu concertato mortale (113),

(110) V. gli articoli 208—211. In questo codice ancora il duello è posto sotto il titolo della ragion fattasi e delle perturbazioni della quiete.

(111) Questo, che è del 1832, tratta in un capitolo speciale della ragion fattasi, e del duello.

(112) Archivio di dir. crim. t. VIII. p. 448.

(113) V. Bauer Confronto del progetto originario con quello riveduto, p. 109—119.

ed una parte vi perì, viene in applicazione la pena di morte: alla quale si sostituisce la pena delle catene a vita nel solo caso, in cui concorrano circostanze attenuanti. E quando la morte non sia stata concertata, ma il duello sia stato combattuto per modo, che la medesima ne dovesse con somma verisimiglianza succedere, si fa luogo alla pena delle catene sino a quindici anni. Quanto ai secondi, che debbono esser puniti di carcere, senza guardare al successo, concorre una circostanza attenuante, se cercarono di prevenire il duello, o di renderlo innocuo al maggior segno possibile. Nel primo rapporto della commissione delle Camere (114) il progetto è approvato nella sua integrità, e solamente rispetto ai secondi si propone di dichiararli impuniti, ognoracbè abbiano virilmente tentato d'impedire il duello. Ma con maggiore profondità il secondo rapporto della commissione (115) stabilisce, che il duello, quando non ecceda i termini, che sono richiesti dalle idee comuni per sodisfazione d'onore offeso, si debba lievemente punire, come un male difficile ad evitarsi: e che si debba al contrario severamente colpire, ognoracbè vengano oltrepassati quei limiti. La commissione approva la pena di morte, comminata nel progetto: ma pel secondo caso vuole, che alla pena delle catene si aggiunga, che, nel concorso di circostanze attenuanti, si possa applicare la casa di disciplina. Rispetto ai secondi aderisce alla proposizione del primo rapporto, e domanda solamente, che nella punizion del duello non abbiano luogo le conseguenze dei gravi castighi, determinate nell'articolo 16 (116).

Nell'Assia elettorale fu pubblicata sotto dì 11 gennaio 1830 un'ordinanza, a tenòr della quale è minacciato alla

(114) p. 64.
(115) p. 37.
(116) Esempigrazia la perdita della nobiltà, degl'impieghi ec.

semplice disfida l'arresto in fortezza da tre a sei anni; al duello eseguito, la perdita della nobiltà, la cassazione, o il congedo dal pubblico servigio, e l'arresto in fortezza da dieci anni fino a perpetuità; ed è inoltre fissato, che, se una delle parti rimane uccisa in duello, debba l'altra soggiacere alla pena, imposta dal diritto comune all'omicidio premeditato, o al precipitato. Il soverchio rigore e l'inopportunità di queste disposizioni penali diede motivo agli Stati del 1832 di proporre la soppressione della menzionata ordinanza.

§. III.

Considerazioni legislative.

Il dovere, che ha il legislatore di ponderare diligentemente le relazioni, sotto le quali si presentano gli atti, che formano obietto di leggi penali, richiama, quando si tratta di provvedere al duello, a considerare compiutamente tutte le idee del popolo, a' cui è destinata la legislazione, i motivi di operare, i bisogni della civil società, e vuole, che uno si tenga lontano, tanto dal credere ciecamente alla forza spaventatrice di rigorose comminazioni, quanto dal cedere a un sentimento di soverchia indulgenza, che cerchi scusa pretessendo lo stato della pubblica opinione. L'esperienze fatte in Francia, dove pochi anni fa si costringeva non di rado al duello chi manifestava un parere diverso nella camera dei deputati, o nei giornali, debbono fare accorto il legislatore, che non è desiderabile uno stato di società, in cui le private contese, anzichè con la forza delle ragioni, si decidano con la spada, o con la pistola. Una tal costumanza penetrerebbe tosto eziandio nelle corti di giustizia, e soffocherebbe la libera e coraggiosa manifestazione del pro-

prio convincimento. Non si può dissimulare, che i costumi estendano sempre più la censura del duello: ed è un segno di civiltà progressiva il vedere (117), che si torce con ribrezzo lo sguardo da colui, che si è macchiato del sangue d'un uomo, tuttochè ucciso in singolare certame. Avrebbe gran torto una legislazione, che, pigliando ad esempio il despotismo soldatesco di Napoleone, si lasciasse indurre ad una esagerata condiscendenza verso il duello, per non sopprimere il così detto sentimento d'onor militare. Si dee cercare all'incontro con ogni cura di conservare la debita efficacia alla legge, applicandola in tutti i casi, in cui vengano commessi duelli: ma bisogna ad un tempo badarsi dall'eccessiva severità delle minaccie penali, perchè l'esperienza insegna, che altrimenti la legge trova un nemico inesorabile nella censura dei migliori, per la quale o i duelli non sono giudicialmente perseguitati, o troppo frequenti atti di grazia scemano riverenza al diritto constituito. Il legislatore non può ignorare, che di dieci persone, che eseguiscono questo delitto, otto vi si risolvono loro malgrado, e non vi sono determinate, che dal timore di quei pregiudizj, onde si vedono minacciate dalle false opinioni dei loro eguali. Se questa contraria disposizione di spirito è fortificata da una legge, che perseguita seriamente il duello, e viene costantemente applicata, il legislatore può confidarsi, che molti, i quali avrebbero ceduto all'errore, non mancheranno del coraggio, necessario a rifiutare di battersi. Solamente ripetiamo, essere una necessaria condizione preliminare della punizion dei duelli, che il legislatore conceda la dovuta sodisfazione all'offeso con savie norme in materia d'ingiurie; perocchè solamente così viene a dileguarsi il pretesto, che l'offeso non abbia avuto altro mezzo di conservarsi l'onore.

(117) Sul cangiamento delle idee in sì fatto proposito si trovano buone osservazioni in Mongalvy *Projet* ec. p. 25.

I. E qui, dove si richieda primieramente, se il sistema legislativo di taçer del duello, come delitto particolare, e di far punire gli omicidj e i ferimenti, in quello commessi, a tenor delle leggi, che contemplano questi fatti criminosi, si debba preferire al sistema, che minaccia di pene speciali il duello; si può replicare, che tutte le ragioni si riuniscono a far presceglierе il secondo partito. In fatti non si potrà mai negare, che l'uccisione commessa in un duello regolare sia da giudicarsi ben altramente dall'omicidio premeditato, o precipitato, intenzionalmente eseguito a danno d'un avversario indifeso. I più sottili ragionamenti non riescono a ridurre al silenzio la voce, che ricorda il concerto scambievole di esporsi allo stesso pericolo, e che il combattente rimasto ferito, od ucciso, si poteva difendere. Se dunque il legislatore vuol dichiarare, che l'omicidio avvenuto in duello si debba considerare come qualunque altro, non raggiugnerà il suo scopo: la voce generale accuserà l'errore, o l'ingiustizia del legislatore: i singolari certami non saranno denunziati, e così rimarranno ignoti all'autorità: dove sono i giurati, essi dichiareranno incolpevole l'imputato: e i giudici giureconsulti, pigliando la strage sotto l'aspetto di colposa, decreteranno sovente una leggierissima pena. Secondo questo sistema il ferito non sarebbe punito giammai, perchè non soggiacerebbe a pena il duello, ma solamente il successo del medesimo: e il ferimento in duello verrebbe equiparato a quello commesso per altra causa. Così accaderebbe sovente, che rimanesse impunito colui, che fu la prima cagione del singolare certame, e costrinse l'avversario a battersi. È manifesto, che il duello debb'esser contemplato come un reato particolare, e minacciato di pena; perchè non bisogna considerarvi un delitto privato nell'interesse dell'offeso, ma un fatto di comune pericolo, e contrario alla pubblica quiete, come quello, che pone

la forza bruta dell'armi in luogo delle ordinate pretensioni giuridiche; che sopprime la libera manifestazione dell'opinioni; che produce una condizione di cose, nella quale i combattenti corrono il risico della vita, o della salute. La legge penale è in questo caso diretta ad estirpare l'errore, che produce la convenzione di battersi, la quale il più delle volte ha la sua radice in una coazione; perchè la potenza della falsa opinion dominante costringe i cittadini a devenire ad un accordo così periglioso.

II. Quindi il legislatore dee primieramente minacciare di pena, come reato, la semplice esecuzion del duello, senza badare al successo, ed in questa comminazione ponderar bene da un lato la quantità del danno per la civil società, e dall'altro l'attenuata quantità del demerito. Imperocchè i duellanti sono in qualche modo forzati a battersi dall'autorità della falsa opinion dominante, e dalla voce dei loro eguali. Inoltre scusano la loro azione davanti al tribunale della propria coscienza, pensando, che ognuno di essi non fa che intraprendere una lotta probabilmente innocua, sovente consimile ad un esercizio di scherma; che ciascheduno si sottopone al caso a parità di circostanze, o conta sulla respettiva destrezza per evitare il più infelice successo. Certamente il legislatore dovrà misurare le pene anche dal successo, e perchè da questo è determinata la quantità del danno, e perchè la natura del precedente concerto, e la lotta medesima dipende in gran parte dai duellanti: i quali vengono eccitati ad usare di una prudenza maggiore, procurando, che il duello abbia un esito più innocuo, quando sanno, che la pena è graduata eziandio dall'evento. La pena per altro graduata nella legge in ragion del successo non dee constituirsi con salti troppo risentiti; perchè altrimenti il legislatore può ragionevolmente temere di essere ingiusto: come quando una severa disposizione si dovesse

applicare ancora nel caso, in cui avesse avuto luogo là morte contro la volontà e la previdenza del sopravvivente, e per un fatale concorso di circostanze disgraziate. Quivi è assolutamente necessario di rilasciare un largo spazio all'arbitrio del giudice, ad oggetto di valutare le singole circostanze. Ciò che bisogna principalmente considerare nella comminazion della pena è la specie del concerto, che precede il duello. Quanto fu più pericoloso questo concerto per l'esito da potersene agevolmente prevedere, tanto più severa debb'esser la pena. Il concerto del duello all'ultimo sangue è punibile con la massima severità: e i duelli alla pistola meritano in generale di essere più rigorosamente puniti, perchè in essi sparisce quasi del tutto il carattere della lotta, e non decide che il caso. Il più delle volte dipende da'duellanti lo scegliere la specie più innocua di duello, per sodisfare alla falsa opinion dominante, ed evitare il rimprovero di viltà. Dove essi procedano più oltre, e scelgano il duello alla pistola, quando sarebbe bastato il battersi con la sciabola, o concertino una maniera particolare di lotta, l'esito della quale sia necessariamente più pericoloso, non meritano più l'indulgenza del legislatore. Solamente fa di mestieri qui ponderare, che in alcune condizioni l'uso ricevuto determina la qualità del duello dalla qualità dell'offesa, onde per esempio la grandezza dell'ingiuria esige una lotta all'ultimo sangue, o un duello alla pistola: dal che procede, che dalla voce degli eguali, che danno del vile a chi non elegge la specie più pericolosa, alcuni si trovin costretti a duellare, loro malgrado, in quel modo. Ora debb'esser possibile al giudice di avere un riguardo anche a questa circostanza nell'adeguare la pena (118). Una

(118) Riportàndoci a quanto abbiamo detto nel §. I. noi rammentiamo, che ancora nel caso di duello concertato fino all'ultimo san-

particolar disposizione penale vuolsi fare pe'casi, ne'quali il duello venga convenuto senza secondi, e senza testimoni, o l'omicidio avvenuto sia conseguenza di slealtà. Una più severa comminazione nel primo caso è giustificata; perchè i duelli senza secondi sogliono avere un esito molto più pericoloso, non assistendovi alcuno, che si opponga alla rabbia selvaggia de'combattenti, prevenga il prorompere della vendetta o della frode, dia un andamento più regolato alla lotta, e contribuisca a farla terminare più presto. Rispetto alla slealtà noi intendiamo di riferirci ai quattro casi, accennati di sopra nel §. I., nei quali saremmo di parere, che il ferimento, o l'omicidio, dovesse riputarsi doloso. A tenore dei cenni menzionati, un articolo speciale dovrebbe nella legge designare esattamente sì fatti casi, ed esprimere (119), che, quando in essi accada uccisione, o ferimento, debba aver luogo, oltre la pena del duello, anche quella stabilita per tali successi. — Che lo sfidatore debba essere ordinariamente punito più dello sfidato, noi lo ammettiamo dietro le ragioni indicate altrove (120): ma questa debb'essere una considerazione rilasciata alla prudenza del giudice, affinchè la legislazione non incorra nel pericolo d'ingiustizia. Sovente in fatti lo sfidato, ben sapendo, che un certo suo contegno costringerebbe l'offeso a provocare al duello, fu appunto quegli, che obbligò lo sfidatore a mandare il

gue non si debbono lasciare inosservati i caratteri, che in questa specie di azione diminuiscono la colpa. Quindi è affatto inconseguente il comminare la pena capitale a questo caso, ancorchè ne derivi la morte.

(119) Anche von Oppen l. c. p. 38. ha collocato nel suo progetto una tal disposizione pel caso, in cui nella lotta sia stata violata la convenzione. Sommamente precisa è in questo proposito la prescrizione, che s'incontra nel citato progetto di Livingston.

(120) Archivio di dir. crim. t. VIII. p. 463.

cartello (121). A rettamente adeguare la pena contribuisce ancora l'investigare, quale de'duellanti propose la specie più pericolosa di duello, ed in essa perseverò, o quale più ostinatamente ricusò l'offerta riconciliazione, o la sodisfazione legale, esempigrazia per mezzo della *deprecatio*. Lo zelante e religioso inquirente può discoprir molto bene, se vuole, tutte queste circostanze. Non già il semplice sfidatore, ma bensì colui, che avendo rifuggito da qualunque riconciliazione costrinse l'altro a sottoporsi al duello, o ad una specie pericolosa di esso, è quel delinquente, che merita di provare il rigor della legge.

III. In America (122), siccome è notorio, si è proposta, qual pena opportunissima contro il duello, l'incapacità del duellante ai pubblici ufficj (123), e quindi si esige dagl'impiegati, che entrano in posto, un giuramento particolare. Noi non possiamo assolutamente aderire a questo principio. Per esso in fatti s'introducono delle pene infamanti, che hanno contro di sè tanti ostacoli, e molto meno son degne di approvazione, se debbono colpire un reato, che secondo l'opinion popolare non è generato da un sentimento spregevole, e perciò non si considera ignominioso. Il che avviene eziandio, perchè, non essendo riuscita la legislazione ad abolire certe relazioni, che infelicemente sussistono tuttavia, può trovarsi obbligato a duellare anche un uomo meritevole di altissima stima, per evitare quei pregiudizj, dai quali la potenza dello Stato non ha virtù di sottrarlo (124). Or se il legislatore

(121) V. i motivi del progetto bavaro del 1831 a p. 183.

(122) Anche von Oppen p. 78. propone simili pene.

(123) Livingston nel suo rapporto d'introduzione (V. la traduz. franc. p. 18) riporta una lettera del gran giudice, il quale sostiene, che l'esperienza ha mostrato l'efficacia di questo giuramento, in grazia del quale sono grandemente diminuiti i duelli nella Virginia.

(124) V. Bauer Confronto del progetto originario di codice penale p. 110.

esige, che uno giuri di non battersi, parlano contro questo precetto tutte le obiezioni, che colpiscono in genere il giuramento promissorio, perchè non v'è sapienza umana, che possa presagire i nodi delle vicende, alle quali si troverà esposto un individuo. Così accaderà, o che l'uomo di minor coscienza, trovandosi in una situazione disperata, si batterà non ostante, e commetterà uno spergiuro, provocato dalla legge; o che l'uomo di maggior coscienza andrà, con l'evitare il duello, incontro al pubblico vitupero. Che se poi lo Stato richiede il giuramento di non aver mai duellato, pregiudica a sè medesimo; perchè si priva di molti uomini intelligenti ed onorati, che non possono prestare quel giuramento, per aver forse combattuto un duello nel bollore degli anni, o in circostanze affatto straordinarie. Quindi è un improvvido temperamento quello di dichiarare incorsa l'incapacità de' pubblici impieghi, o dei diritti politici, in pena del duello; perchè in tal guisa lo Stato viene ad escludere da ufficj importanti qualche uomo ragguardevole, che la fiducia generale avrebbe per avventura preferito ad ogn'altro. Che se, ciò non di meno, lo Stato vuol comminare una simil pena, fa di mestieri, che ne consideri la gravità singolare, per non congiugnerla con una carcerazione di lunga durata; chè altrimenti ne procederebbe una mostruosa diseguaglianza. Mentre in fatti questa dichiarazione d'incapacità d'impieghi, e di diritti politici, è un pregiudizio sensibilissimo, che distrugge tutta quanta la civile esistenza di quel duellante, che si educò ai pubblici ufficj, ed ha vocazione per essi, è una privazione appena considerabile per un altro, che diede alla propria vita una direzione affatto diversa.

IV. Vuolsi inoltre esaminare, se la legge debba minacciare di pena solamente il duello consumato, od an-

cora il tentato. Mongalvy (125) risponde negativamente, avvegnachè nel tentativo di duello non si trovino i caratteri del conato punibile, non potendosi dire, che vi si presenti un principio di esecuzione, nè che la consumazione possa rimanere interrotta per cause indipendenti dalla volontà degli agenti. Ma non è facile convenire in questa sentenza; perocchè la legge dee riconoscere la punibilità non solamente in un dato successo, ma ancora nel trattato del duello. Chi disfida, sa bene di costringere per questa provocazione il proprio avversario al duello, e che quindi il singolare combattimento avrà effetto: egli esprime indubitatamente la sua volontà di contrarre il patto. Si dica lo stesso di chi abbia accettato la disfida; perchè allora il patto è conchiuso. Allorchè si adduce, che il semplice patto non disturba la quiete della civil società, non si coglie nel vero punto. La legge deve estirpare il male dalla radice: e la semplice disfida è già per lo sfidato, e spesso ancora pe' suoi attinenti, un fatto, il quale per causa della coazione, che in esso contiensi, toglie la pace ad una famiglia, e produce uno stato di dolore. Quindi la legge dovrebbe determinare una pena speciale per la disfida, e per l'accettazione di essa. Ma la politica criminale, perchè sia evitato il male maggiore, e concesso un vantaggio al pentimento efficace, richiede, che venga favorita la desistenza spontanea. Per lo che un articolo particolare dovrebbe nella legge dichiarare l'impunità di colui, che ritratta la disfida, o l'accettazione di essa. E forse sarebbe prudente riconoscere una circostanza attenuante in colui, che, quantunque duellasse, perchè fu inefficace la sua premura di ritrarsi, potesse per altro dimostrare di essersi seriamente ingegnato di riconciliarsi.

V. Rispetto alla pena dei secondi e dei testimoni, noi abbiamo già fatto vedere la diversità delle massime le-

(125) Projet cc. p. 42. V. Anche Quintus *diss. cit.* p. 133.

gislative. Anche gli scrittori (126) vanno in sentenze diversissime. Attendendo alla proposizione indicata di sopra, che ogni duello eseguito senza secondi sia più gravemente punito, sembra contraddittorio, che il legislatore voglia colpire coloro, dei quali apprezza il concorso. È stato già osservato saviamente da altri (127), che sovente i secondi non partecipano al duello per propria elezione, ma destinati dalla sorte, o dalla scelta degli eguali, come accade nell'ordine militare. Sarebbe malagevole riputar giusta la punizione di sì fatti individui. Inoltre è molto importante, che vengano adoperate, come secondi, persone dotate di presenza di spirito e di coraggio; chè altrimenti rimarrebbe frustrato lo scopo del legislatore, che, se non altro, vuol render menomo il danno. D'altra parte non si può dissimulare, che, quando la legge ha una volta riconosciuto punibile il duello, dee punire ancora l'aiuto prestato al medesimo. Tutto dunque dipenderà dal vedere, se la legislazione, considerati i dettami della politica criminale, e ponderata la particolare natura di questa specie di aiuto, trovi più conto a dichiarare l'impunità dei secondi, ad effetto di minorare il male mediante il loro concorso. Quando il legislatore non voglia esimerli da ogni pena, potrà con molto vantaggio rivolgere l'attenzione alla proposta della commissione statuale di Annover, e così dichiarare l'impunità, dove sia dimostrato, che i secondi hanno fatto ogni loro sforzo per impedire il duello, e valutare a pro dei medesimi una circostanza attenuante, dove apparisca, che si sono studiati di scemarne, quanto più potevasi, il danno.

---

(126) Mongalvy l. c. p. 46„ e von Oppen l. c. p. 78. vogliono la punizione dei secondi. Quintus *diss. cit.* p. 131 sostiene la loro impunità.

(127) Motivi del progetto di Baviera del 1831 p. 182.

VII.

INTORNO ALL'ESSENZA DI FATTO DELLA LESIONE CORPORALE, E DEL DANNEGGIAMENTO DELLA SALUTE (DISSERTAZIONE DI *VON JAGEMANN*, ESTRATTA DAL TOMO XXV. FASC. 1. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE, ANNO 1844.)

Per quanto il campo della scienza criminale sia dai moderni coltivato industriosamente, ed alla revisione delle sue dottrine vengano offerte così moltiplici occasioni dai lavori legislativi, ai quali si attende con tanto zelo; pure il pratico incontra qua e là dei vuoti, che si dovrebbero dai dotti riempire. E questi non potrebbero non concepirne il desiderio, se vi fosse richiamata la loro attenzione; perchè agli uomini, che vivono lontani dall'applicazion del diritto, riesce difficile il voltare lo sguardo dove principalmente bisognerebbe (1). Onde avviene talora, che un qualche lavoro, il quale è costato grave fatica a chi lo ha composto, non conduca ad altro, che ad una sterile ammirazione, e a deplorare la perdita di un tempo, che si sarebbe potuto così utilmente impiegare in altre materie. Non sarebbe quindi inopportuno, che qualche pratico criminalista indicasse i punti, che a suo pa-

(1) Merita di esser valutato ciò che dice Habicht nelle sue investigazioni giuridiche, t. I. p. X. « Nella nuova organizzazione, « che diventa necessaria, delle corti criminali, la sapienza dei gover- « ni riuscirà certamente a prendere dei temperamenti, onde risulti, « che la scienza teorica della cattedra venga intimamente connessa « con la pratica amministrazione della giustizia ».

rere abbisognano di una trattazione profonda, affinchè i maestri della scienza avessero sempre dinanzi agli occhi una provvisione di quegli argumenti, che più specialmente richiedono le loro meditazioni (2).

Dopo il furto non avvi certamente delitto, che si presenti più spesso della lesione corporale. Ma, mentre a quello fu applicata la più straordinaria diligenza di molti giureconsulti, onde appena vi rimane una quistione, che non sia stata maturamente ponderata, sulla lesione corporale non si è instituita che qualche indagine parziale, che, in vece di bastare a diffondere la luce necessaria, contribuisce piuttosto ad intrigar maggiormente la cosa. S'io piglio pertanto a dirne qualche parola, non mi confido già di somministrare importanti considerazioni per la teorica, ma solamente di riportare in discussione un tema, che forma un ramo principale d'affari per ogni impiegato criminale, e che spesso presenta gravi difficoltà per causa delle sue moltiplici forme. Così darò forse occasione a persone più capaci di me di occuparsene ulteriormente, e di fermare una volta con precisione il punto scientifico della presente dottrina (3).

Le lesioni corporali, o meglio le perturbazioni della salute (4), sono inevitabili conseguenze del vicendevole

(2) L'indicazione di questi punti dovrebbe far parte delle relazioni annuali dei presidenti e dei regj procuratori de' tribunali ai ministerj di giustizia.

(3) Conf. Mittermaier Elem. di Feuerbach ediz. 13. §. 244. 245. Waechter ne' suoi elementi di dir. pen. par. II. p. 181. dice, che ancora ci manca una buona monografia sopra i delitti contro la salute.

(4) Perturbazione della salute è l'espressione più larga e più conveniente, mentre la parola lesione presuppone un laceramento o una traccia localmente riconoscibile di fatta violenza, e la parola danneggiamento presuppone un pregiudizio, che rimane almeno temporariamente, e tutto ciò non si richiede di necessità per l'essenza di fatto del delitto, di cui è parola, come sarà mostrato più sotto.

strofinio degli uomini: derivano da vendetta, da malvagità, e da rozzezza, e debbono riguardarsi come una reliquia dell' età di ferro. Ma niun legislatore giugnerà ad allontanarle del tutto; perchè appartengono a quella classe di delitti, che per lo più si commettono nella effervescenza del momento, nella quale l' uomo non pensa più ad alcuna regola di condotta, ed ascolta solamente la voce della propria passione. Non è riuscito di estirpare il duello (5) neppure con la minaccia della pena di morte. Or che altro è una baruffa, o un combattimento di pugni, se non che un duello delle classi umili? Che altro si propongono i giovinastri campagnuoli, quando si azzuffano e si percuotono, se non che di cercar sodisfazione di offese ricevute, come i gentiluomini, gli uffiziali, e gli studenti la cercano con la spada, o col fioretto? Se si dà a questi campioni il consiglio di mettere un termine alla loro contesa mediante la pacifica via del diritto, rispondono, che la giustizia ha piè troppo lenti per accorrere contro un assalto, che compromette l' onore, e che un detto ed un gesto preso in mala parte è cosa di troppo poca importanza, perchè un giudice vi trovi il fondamento di una querela. Quindi, fintantochè si confida nelle proprie forze, si preferisce di farsi ragione da sè.

Poichè il delitto di lesione corporale suol esser provocato da motivi così eccitanti, risulta di per sè, che d' ordinario si commette nell' impeto degli affetti, e che è rarissimo il caso, in cui l' agente abbia l' avvertenza

Conf. Martin Elem. di dir. crim. 2.ª ediz. §. 128. nota 11. ed Abegg Elem. di dir. pen. §. 256. — Bauer Elem. di dir. pen. 2.ª ediz. §. 187. preferisce l' espressione *lesione della salute*; ma la sua definizione è poi favorevole alla nostra idea; perchè egli dice, che la lesione della salute consiste in ogni azione ingiusta, che perturba il ben essere altrui.

(5) Mittermaier nel nuovo archivio di dir. crim. 1835. num. 16.

di misurare fino a qual punto si possa estender l'effetto de' suoi colpi (6). Quando si volesse ammettere il tentativo di un omicidio premeditato (7), bisognerebbe dare questo carattere alla maggior parte dei ferimenti: nei quali si presenta così di rado, come nell' uccisione d'impeto, un' intenzione determinatamente diretta contro la vita. L' agente mirerà per lo più a cagionare un patimento corporeo (8) all' avversario, a colpirlo, a sfregiarlo. Nell' omicidio precipitato si ammette un' aggressione diretta a privar della vita, perchè il successo del colpo, o dell' urto, dimostra, che fu usata una violenza, che la sana ragione potea prevedere come probabil causa di morte. L'omicidio precipitato merita dunque di essere appellato un delitto di eccezione. Uno si contenta di riconoscere obiettivamente le conseguenze d' un ingiusto intraprendimento, ed ogniorachè non cada dubbio sull'aggressione intenzionale dell' integrità di una persona si deduce, senza badare ad altro, la volontà almeno indiretta di uccidere. Così l' omicidio doloso d' impeto si combina sovente col colposo. Non si potrà in fatti negare, che, secondo la teorica adesso dominante, un' uccisione, che nasce inopinatamente da un ferimento intenzionale (9), non è punita meno di quell' omicidio, che

(6) Weber, nelle sue instituzioni d'antropologia psicologica (Gottinga 1829), dice: « Nello stato d'affetto i sensi sono sovente « così turbati, che più non si vede, nè si ode bene. La facultà di « avvertire e di riflettere è tanto scompigliata, che più non si sa, « che cosa uno vuole e si propone ».

(7) Conf. Abegg Elem. p. 156. 332. I casi degli art. 134. e 136. della Carolina non si possono riferire a questo capo.

(8) Perciò i danneggiamenti della salute furono nel diritto romano posti sotto l'idea dell'ingiuria. Gellius *Noct. att.* XVI. 10. XX. 1. Gajus *Comment.* III. §. 223. Waechter Elem. p. 182—184.

(9) Solamente in quanto sia mancata anche l'intenzion di fe-

è stato effettivamente risoluto ed eseguito nell' impeto dell' affetto. E al delinquente, che si vuol discolpare con un grado d' intenzione più basso, si replica, che debb'esser trattato come un omicida, perchè ha voluto offendere l'aggredito, e lo ha realmente offeso, e che, siccome l'intensità della violenza dipendeva onninamente dal suo potere, egli dee rispondere di tutto quello, che ha fatto, come se lo avesse preveduto e voluto (10). Ma, fintantochè non si arrivi a provare formalmente, che l' incolpato ha preso di mira e raggiunto precisamente il successo della morte, e non quello del semplice ferimento, questa massima è una grande anomalia, ed una finzione giuridica indegna del diritto penale.

Con questa maniera di considerare il delitto di omicidio precipitato si spiega un fatto, che tutti i pratici non potranno a meno di confermare. Quando si delibera sulla giusta misura della pena in que' casi, in cui l' intenzione d' uccidere non apparisce con positiva chiarezza, i giudici provano d' ordinario un certo imbarazzo. Essi rifuggono dall'applicare la intiera pena: eppure non trovano agevolmente un mezzo termine per abbassarne il grado, tuttochè ne riconoscano, o almeno ne sentano la convenienza, attesa l' incertezza dell' *animus occidendi*. Se fosse una volta fermato, che i fatti si dovessero discernere secondo la direzione della volontà, si verrebbe tosto a stabilire la retta misura penale, e la lesione corporale intenzio-

rire può essere approvata l'opinione di Jarcke (Istituz. di dir. pen. t. III. p. 359), che, avendo luogo la morte, non si debba ammettere omicidio precipitato in senso tecnico.

(10) Carpzov, *Pract. rer. crim.* qu. I. num. 62. stabilisce la massima: « *afficiendus est poena gladii non solum ille, qui animo occidendi aliquem interfecit, sed et is, qui doloso ac pravo animo percussit gladio, nolens ipsum occidere, si mors subsecuta fuerit* ».

nale si combinerebbe con l' omicidio colposo. Si presenterebbe allora quella specie di fallo volontario, che altra volta ebbe il nome di *culpa dolo determinata*, e dai moderni si chiama più esattamente una concorrenza di delitto doloso e colposo intrecciantisi fra di loro (11), e che, quando nella sentenza non si volesse risguardare alla lesione corporale, dovrebbe qualificarsi e punirsi per uccisione prodotta da trascuranza. La trascuranza in fatti consiste nell' operare in balìa d' un affetto, nell' abbandonarsi biasimevolmente ad uno stato, in cui non è più possibile conservare la signoria di sè stesso, nè misurare il grado della violenza (12).

Per questa considerazione il delitto di lesione del corpo, o della salute, è riposto in quella importanza, che gli conviene. Esso contiene sempre un pericolo, almeno remoto, per la vita umana (13). D'ordinario l' intenzione è diretta affatto indeterminatamente a cagionare all' avversario un dispiacere, od anche un dolor corporale: ma, come riuscirà questo displacere, o dolore, l' offensore lo prevedrà forse una volta in mille, nè può fare altrimenti. Imperocchè non si richiede meno di un pieno possesso della scienza anatomica, fisiologica, e chirurgica, per valutare esattamente l' effetto, che può avere, ed avrà un colpo, od un urto sopra un corpo umano: ed anche un uomo, che possedesse ampiamente tutte queste cognizioni (14), non sarebbe intieramente sicuro; perchè

(11) Feuerbach Elem. §. 60. ed ivi Mittermaier nota 1. nella 13ª ediz.

(12) Stelzer della volontà, p. 86.

(13) Sovente esiste quella direzione della volontà, che dai codici moderni si chiama *dolo indeterminato*. Cod. crim. di Sassonia art. 81. di Brunsvick §. 28. di Assia Darmstadt §. 60.

(14) Neppure il chirurgo, nelle cui mani si pone volontariamente il malato, può assicurare la buona riuscita di ogni operazione.

l'effetto del reato non solo dipende dall'assalitore, ma ancora dall'assalito. Il colpo in fatti non è dato ad un obietto meramente passivo, ma ad un obietto capace di movimento, e di difesa: ad un uomo, che non si lascia pazientemente bistrattare, ma che schiva, o ritorce l'ingiuria. Da ciò nasce il combattimento, l'opposizion della forza alla forza, l'azzuffarsi, il tirarsi di qua e di là, il gittarsi a terra, il rizzarsi, e il soperchiarsi. Sebbene colui, che si è proposto di ferire, si fosse precedentemente esercitato con la massima cura sopra un fantoccio, od un uomo di paglia, onde credesse di non colpire, che nel luogo predestinato, e non più pericolosamente di quel che gli detta il suo sentimento vendicativo; pure l'eccitamento, che nasce nel momento dell'esecuzione, e la resistenza dell'individuo sorpreso, può dare al fatto una riuscita affatto diversa, vale a dire o mandarlo a vuoto, o produrre un tristo successo inaspettato.

Se si pigliano a contemplare tutte queste eventualità, non si può fare a meno di rivolgere teoricamente, legislativamente, e praticamente, al delitto di lesione corporale quella stessa attenzione, che si dee prestare alle violazioni dell'onore, per prevenire le vie di fatto, che ne procedono. Non si è certamente esagerato, quando si è detto, che scemerebbero della metà i ferimenti, ed in una proporzione anche maggiore gli omicidj, se si potesse trovare il mezzo di dar sodisfazione giuridica alle ingiurie in modo speditissimo (15). Imperocchè quei delitti, com'è stato di già notato da altri, consistono quasi tutti in ragioni fattesi di propria autorità, per causa di

(15) Pe' processi civili sommarj molte leggi moderne prescrivono brevissimi termini tanto alle parti, quanto ai giudici. In simil guisa si potrebbe procurare la sollecita definizione delle cause d'ingiurie. Neubert Instituz. di procedura in materia d'ingiurie (Lipsia 1834) §. 7.

sofferte ingiurie: onde non è forse prudente, che il giudizio definitivo di tutte le perturbazioni della salute appartenga piuttosto alla giustizia ordinaria, che alla polizia, com' è avvenuto finquì quasi da per tutto (16). I magistrati di polizia dovrebbero essere investiti di una maggior competenza, appunto perchè sono in grado di determinare con sollecitudine ed energia le conseguenze legali, mentre nelle corti di giustizia sono quasi inevitabili le lunghezze.

Qui non ci fermeremo a cercare, se meriti approvazione la massima di non procedere ordinariamente d'uffizio contro le lesioni corporali, ma solamente a querela di parte. Noteremo bensì di passaggio, che ciò non sembra corrispondere al carattere di avviamento alle uccisioni, che si presenta in questo delitto; perocchè lo Stato, ognorachè si trova in pericolo la vita de'cittadini, non deve aspettare, che l'offeso provochi da sè stesso la pubblica protezione (17). Dal che si vede, che i soli casi leggierissimi dovrebbero rilasciarsi alla privata querela.

Sembra adesso necessario analizzar gli elementi dell' essenza di fatto, intorno alla quale non è stata sempre usata la debita diligenza (18).

In ogni danneggiamento della salute si ricerca:

1) se il ben essere corporeo di un uomo sia stato perturbato da un atto violento:

(16) Conf. Cod. pen. di Württemberg art. 261. 267., di Brunswick §. 160 161., di Sassonia §. 134. 138.

(17) La giustizia criminale vien sempre a risentire un gran pregiudizio, quando la perturbazione della salute è susseguita dalla morte, e l'offeso, che forse poteva fare importanti deposizioni, non è stato esaminato.

(18) Quanto sieno difformi in questo proposito le leggi moderne, si può rilevare chiarissimamente dalla rivista di Mittermaier nella 13.ª ediz. degli elem. di Feuerbach, nota 1. al §. 246. V. anche Heffter Elem. di dir. crim. 2.ª ediz. p. 600.

2) fino a qual grado sia avvenuta questa perturbazione:

3) se la medesima è guarita, e se n'è rimasto alcun pregiudizio:

4) con quali mezzi, o stromenti è stata arrecata la perturbazione:

5) se, oltre il fatto, vi abbiano contribuito altre cagioni.

Le prime tre quistioni appartengono essenzialmente alla medicina legale. Siccome per altro gl'inquirenti ed i giudici criminali sono responsabili della pienezza della inquisizione, così fa di mestieri, che essi non si contentino di una qualunque risposta ad ogni quistione, ma che prendano ad esaminare, se il parere è fondato su di basi esatte, e se ne' suoi risultati corrisponde, o no, alle regole della scienza (19). In ciò d'ordinario si manca nella pratica. Le decisioni de' medici si sogliono sovente ammettere, come oracoli, e per questo motivo si pronunziano talora ingiuste sentenze. I medici in fatti sono raramente liberi da un certo sentimento di scambievole gelosia. Quando il ferito non è stato curato dal medico fiscale, questi sottopone volentieri il trattamento curativo ad una critica severa, si compiace di mostrare un errore nella diagnosi, o nella cura: e così una lesione grave apparisce leggiera, o viceversa una lesione leggiera apparisce grave, e viene artificialmente alterata la base della essenza di fatto. Che se all'incontro il ferito è stato curato dal medico fiscale, questi si studia, com'è naturale, di occultare nel suo referto finale gli sbagli, in cui

(19) Henke nelle sue instituzioni di dir. crim. t. IV. p. 444, dice: « Non solo al giudice inquirente, ma ancora al tribunal decidente si appartiene di esaminare, se il parere presentato somministri una base abbastanza sicura alla risoluzione giuridica ». V. ancora Mittermaier dottrina della prova §. 30.

gli è avvenuto d'incorrere, senza darsi pensiero della pena più grave, che per suo motivo può cadere sull'incolpato.

Quanto più dunque nel menzionato delitto bisogna rimettersi nelle mani de'medici, tanto più i giudici debbono sottoporre le dichiarazioni di quelli ad una critica diligente, e segnatamente richiamarli a rispondere chiaramente e distintamente ad ogni relativa quistione. In uno studente di medicina può non esser disapprovato, che di nebulose espressioni e di un ammasso di vocaboli tecnici ricopra il suo parere su di qualche ricerca difficile, per velare con le apparenze della dottrina l'incertezza del giudizio: ma questa renitenza a chiamar la cosa col vero suo nome dee tanto più eccitar l'inquirente ad esigere una risposta precisa. E quando il motivo dell'oscurità sta nei dubbj insolubili, ond'è avviluppata la cosa, i periti si posson risolvere a confessare candidamente l'insufficienza dell'arte loro: nel qual caso, o si può prender consiglio da altri, o giudicialmente pronunziare, che rispetto all'essenza di fatto non si è raccolta la piena prova. Niuno per altro si dia a credere, che talora si presentino delle indagini forensi, il cui risultato non possa riuscir comprensibile a chi non è medico; perocchè i medici, a cui ricorre il tribunale, sono in virtù del loro ufficio obbligati a distendere le loro informazioni in maniera, che ogni giudice instruito le possa intendere (20), e debbono rammentarsi, che non parlano ad un loro eguale, ma a persona generalmente straniera agli studj dell'arte salutare.

Rispetto poi a ciascheduna delle cinque quistioni enumerate di sopra faremo le osservazioni seguenti.

I. Il danneggiamento della salute nel senso del cri-

(20) Conf. Bauer Trattati di dir. pen. t. II. num. VII.

minale diritto è necessariamente diverso dal medico-chirurgico. Vengono sotto questo nome solamente le lesioni di qualche importanza, cioè le gravi. Ogni giorno, o l'uno, o l' altro esce macchiato di sangue dalle molte osterie d'una città popolata: ma d' ordinario non si trova in simili casi che l' essenza di fatto d' un' ingiuria reale, o d'una trasgressione di polizia. Se si dovesse sempre procedere in via ordinaria per tali avvenimenti, le cause criminali sarebbero interminabili. La pratica forense, e modernamente anche la legislazione, hanno perciò tentato di stabilir delle regole per trovare i limiti, che separano l' ingiuria, trasgressione di polizia, dal danneggiamento della salute, delitto criminale. Della qual distinzione si aveva tanto maggior bisogno, in quanto che, secondo il diritto romano, tutti i casi, che non cadevano sotto l'idea di un altro delitto, come di avvelenamento, o di violenza, erano rilasciati in virtù della *Lex Aquilia* (21) alla privata querela, e il diritto germanico non trovò bene d'introdurre il *crimen vis* come delitto generale (22).

Gli antichi criminalisti cominciarono ad assicurare al delitto di lesione corporale un posto nel sistema del diritto criminale, ponendo incidentalmente la *violatio corporis* (23) fra gli attentati contro la vita umana, purchè l'offesa avesse lasciato ferite visibili.

A poco a poco si riconobbe, che per esser conseguenti facea d' uopo tener conto ancora delle perturbazioni interne dell'organizzazione e della normalità, cosic-

(21) L. 5. §. 3. L. 6. L. 7. pr. L. 13. pr. D. *ad L. Aquil* L. 3. D. *Si quadrupes*. L. 7. D. *de his qui effud.*

(22) V. Zöpfl l'antico diritto di Bamberga p. 110.

(23) Carpzov *Pract. rer. crim.* qu. 99. Meister *Principia jur. crim.* §. 131. Hoch *Instit. jur. crim.* §. 421. V. anche Marezoll dir. crim. germ. p. 319.

chè adesso è generalmente designato il delitto col nome di danneggiamento, o di lesione della salute, sotto il quale per altro si comprendono, come si è detto, i casi di qualche gravità.

Ma qui si solleva la difficoltà di determinare esattamente, quali sieno i danneggiamenti da considerarsi per gravi. Se si volesse star solamente all' applicazione dei soccorsi medici, la base dell'essenza di fatto sarebbe riposta nell' arbitrio dell' offeso, e sarebbe lo stesso che prender regola solamente dalle deposizioni giurate di lui intorno alle lesioni avvenute. Ogni piccola ammaccatura, o scorticatura può riuscire tanto sensibile a qualche temperamento, che venga reputata necessaria l'assistenza d'un chirurgo, per ottenere una pronta e facile guarigione: e quando si volesse domandare a questo, se la sua cooperazione fu indispensabile, egli si guarderebbe bene dal chiamarla superflua. La quistione dunque non può esser decisa dal caso della chiamata, o non chiamata del medico. Non conviene nemmeno prendere a misura del pericolo una certa durata della malattia, come ha fatto il codice penale francese nell'art. 309. Venti giorni sono ivi stabiliti come *tempus criticum* (24). Un uomo di forte coraggio, ancorchè sia stato ferito con qualche gravità, può ritornare, contenendosi opportunamente, alle sue abituali occupazioni dentro questo tempo; mentre un altro più leggermente ferito può esser ritenuto, per la sua sensibilità ed apprensione, più di venti giorni nel letto. Dipende in generale dalla stagione, dallo stato della temperatura atmosferica, dalla cura, dal nutrimento, dalla disposizione dell'animo, che un uomo guarisca più presto, o più tardi. Ma chi volesse far conto di tutte queste casualità nell'imputazione, commetterebbe ingiustizia, come colui che

(24) Sopra i moltiplici inconvenienti, che produce questa legge, V. Mittermaier nella 13.ª ediz. degli elem. di Feuerbach p. 260.

si ponesse in mente di punire di omicidio la madre, perchè il fulmine ha percosso il bambino, che ella avea posto davanti all'uscio di casa.

Secondo le condizioni attuali della scienza si dovrebbe stabilire, che la perturbazione della salute è **grave**, ognorachè produce *il pericolo della vita, o tali effetti nello stato generale della macchina, o nelle singole parti di essa, che l'offeso rimanga impedito, se non per sempre, almeno per lungo tempo nelle sue funzioni corporee, od impossibilitato a condurre il consueto suo genere di vita.* Le ferite, che penetrano nella cavità della testa, che hanno per conseguenza febbri, suppurazioni, e simili, e che non possono guarire per semplice virtù di natura senza lasciare cicatrici deturpanti, si debbono dunque sempre computare in questo numero, specialmente se sono in vicinanza di organi importanti, od è stato lacerato un vaso principale. Come di lungo tempo vuolsi poi considerare quella malattia, che dura al di là di otto giorni (25).

Il pericolo della vita si trova in quel grado di danneggiamento corporale, in conseguenza del quale, secondo l'ordinaria esperienza, **può** aver luogo la morte dell'offeso. Se alla voce *può* si volesse sostituire *dee*, la caratteristica dipenderebbe dalla chiamata di un medico, la quale è da tenersi nel conto di una casualità. Il pericolo della vita non esiste solamente quando la morte fu allontanata da una cura energica: ed un individuo pericolosamente ferito può ristabilirsi ancora senza soccorsi medici, col rimettersi nelle mani della Provvidenza. Il pericolo contiene un timore fondato di un sinistro successo avvenire.

(25) Il meglio si è non fissare alcun termine nella legge penale, e considerar la durata della malattia, come una *quaestio facti.* Imperocchè taluno in un pajo di giorni guarisce di quella medesima ferita, che fa stare un altro intiere settimane nel letto. **Siebenhaar** Institut. enciclop. di medic. leg. t. II. p. 37.

Il caso può avere una felice riuscita: ma, se si ripresenta, il pericolo è fondato egualmente. Soltanto allorchè l' offeso sdegnò i soccorsi dell'arte salutare, dei quali si sarebbe potuto agevolmente valere, e così contribuì da sè stesso a peggiorare il suo stato, si può desumer da ciò una circostanza attenuante per l'autore del fatto (26).

Lo stesso si dica del pregiudizio permanente di una lesione, il quale può venire in esame, avuto riguardo, o no, al trattamento chirurgico: ma di ciò faremo parola tra poco sotto num. III.

Una conseguenza, che non di rado deriva dalle percosse, dagli urti, dai conculcamenti, dagli atterramenti, e simili, è la concussione del corpo (27): la quale, anche senza mostrare la menoma traccia esterna, può essere tanto violenta, da far nascere il pericolo della vita. È questa una specie di danneggiamento, alla quale i tribunali criminali non rivolgono d' ordinario la debita attenzione, perchè non possono esser loro indicati distinti caratteri dell'essenza di fatto (28). L'effetto consiste per lo più nell'eccitamento prepotente del sistema nervoso, ed ha

(26) Prima si credeva con Feuerbach (Elem. §. 97.), che in tali circostanze l'essenza di fatto non fosse pienamente provata, e che perciò si dovesse recedere dalla pena ordinaria: ma questa opinione non è retta, perchè l'essenza di fatto, ognorachè si presenta, è sempre la prossima conseguenza dell'avvenimento. All' incontro il giudice, quando ha da applicare una legge penale relativamente indeterminata, dee certamente in simili casi accostarsi al *minimum*. Mittermaier nell' archivio di dir. crim. anno 1839. p. 161. e seg.

(27) *Commotiones, concussiones corporis.* Siebenhaar l. c. p. 34.

(28) Ciò si connette con l' infelice distinzione dell' essenza di fatto obiettiva e subiettiva. Quando non si presenta qualche cosa di obiettivamente riconoscibile, si crede di non dover parlare di delitto. Conf. Kitka sul modo di stabilire l' essenza di fatto, 2.ª ediz. (Vienna 1843) §. 2.

luogo segnatamente per la commozione del cervello, della midolla spinale, e del plesso epigastrico (29). Quei giureconsulti, che nulla sanno della meravigliosa sensibilità di questi organi, e della loro alta importanza per la vitalità, suppongono quasi sempre in simili casi od una finzione, o la complicanza di un'altra malattia, derivata da processo naturale, e rinviano il fatto alla decisione de'magistrati di polizia. Il che specialmente avviene, quando si trascura di richiamare i medici fiscali a prendere in esame il caso, ed a presentare il loro parere. I bistrattati, siccome è noto, non ricercano il sentimento de' medici, che raramente; perchè al comune degli uomini non cade facilmente in pensiero, che un danneggiamento, in cui non apparisce nulla di esterno, nè alcuna effusione di sangue, possa dichiararsi lesione corporale, o ferimento.

II. Le lesioni, considerate nel grado del danneggiamento, si distinguono a) in leggiere e gravi, b) in non pericolose e pericolose, c) in perfettamente ed imperfettamente sanabili. Le leggiere, cioè quelle, che non arrecano alla salute pregiudizj di alcuna maniera, nè transitorj, nè durevoli, e che possono sempre guarire senza soccorso medico (30), non dovrebbero mai annoverarsi nella categoria de' reati criminali. Le lesioni gravi (31) formano il contrapposto delle precedenti, in quanto che presentano sempre, almeno pel momento, un aspetto dubbioso. Sono collegate, o no, col pericolo della vita, e si

(29) Un colpo nello stomaco può uccidere nel momento senza lesione di sorta. Meckel Elem. di med. leg. §. 130.

(30) Fra queste si comprendono segnatamente le piccole enfiagioni, lividure, escoriazioni, contusioni, emissioni di sangue dal naso, e simili. Siebenhaar Instituz. di med. leg. t. II. p. 47.

(31) V. particolarmente Herglotz, Contribuzione al giudizio medico-legale delle lesioni gravi. Praga 1835.

dividono inoltre in quelle, che guariscono senza lasciar pregiudizj permanenti, ed in quelle, che guariscono lasciando pregiudizj permanenti dietro di sè. L'essenza di fatto del delitto viene sostanzialmente espressa dalla qualificazione di un danneggiamento, che perturba la salute, e quindi nel linguaggio forense bisognerebbe non servirsi più dell'attributo grave. Questo predicato è necessario solamente pel medico legale, il quale designa con esso l'estensione delle conseguenze patologiche di un bistrattamento. Sorge all'incontro una circostanza, che accresce la pena, quando sopraggiugne la specialità obiettiva del pericolo della vita, o del danneggiamento permanente. Ma i medici, ai quali si presta tanta fiducia in questo punto, non si possono d'ordinario adattare a servirsi dell'espressioni convenienti (32). Essi per lo più ammetterebbero volentierissimo, quando fosse fattibile, la così detta categoria media, stabilita da Klose, cioè quella delle lesioni ambigue; perchè sentono bene, quanto sieno incerte simili congetture, e quanto spesso eglino possano essere inaspettatamente convinti di errore da un improvviso rivolgimento del corso della malattia.

Così non sono esattamente applicabili i caratteri distintivi della sanabilità (33), dell'incertezza, e della sicurezza (34).

La sanabilità può ben tornare a vantaggio dell'incolpato, ognorachè un gravemente ferito non si sottopose al

(32) Essi anzi si permettono volentieri d'indicare i risultati delle loro osservazioni anche rispetto al fatto criminale, e di parlare di lesione corporale semplice, o qualificata, di tentativo di omicidio, e simili: il che non si dovrebbe lasciar passare senza censura.

(33) Zacchias *Quaest. medico-legal.* lib. V. tit. 2. qu. 2. *Bern. Suevus Tractat. de inspect. vuln. lethal. et sanab.* par. I. cap. 4.

(34) Mende Instituz. di med. for. t. VI. p. 288.

trattamento curativo, e così peggiorò il proprio male: ma essa può essere assai raramente affermata *a priori* intorno a qualunque ferita, che venga affidata alle mani del medico, il quale può trovare un impedimento invincibile nelle condizioni individuali del malato. Anche la sicurezza dal pericolo, e da altre eventualità, si potrà raramente guarentire dal medico; perchè può restare una conseguenza interna del ferimento, la quale si sviluppi a poco a poco, ed alla fine prorompa violentemente. Oltracciò gli ufficiali di sanità ed i medici con tali dichiarazioni entrano quasi inevitabilmente in cavillose deduzioni, ed in amare discussioni, nelle quali scapita la cosa, e specialmente il ferito. Uno in fatti, che cercò di curar la lesione, e non potè arrivare a guarirla, la tiene per insanabile: ed un altro dice il contrario, e dà tutta la colpa, almeno indirettamente, all'incapacità del primo curante, ancorchè, tenendo altra via, non vi fosse stato per avventura da ottenere un risultato migliore. La sanabilità non è mai altro, che l'espressione di una verisimiglianza (35), della quale la giurisprudenza non si deve ingerire, fintantochè è possibile ottenere qualche cosa di più, cioè la certezza: e questa si deduce dall'esito della malattia, cioè dalla guarigione, o dalla non guarigione. Appena occorre notare, che non debb'essere impedito di attribuire anche qui al medico curante gli sbagli manifesti.

Il meno possibile fa di mestieri lasciare ai medici il ripiego di dichiarare semplicemente dubbiosa una lesione; perchè così non vien mai data una base all'inquisizione. Quando lo stato dell'offeso fa temere la possibilità di un esito sinistro, si dovrebbe pensare, che il medico potesse dire senza difficoltà, che il danneggiamento

(35) Sul valore di una verisimiglianza, fornita dai periti, V. Mittermaier, Dottrina della prova, p. 219.

è grave; perchè nella stessa necessità del trattamento curativo si contiene un male, che per lungo tempo impedisce al paziente di ritornare al suo consueto genere di vita. Ma se il dubbio è piccolissimo, il medico dee dichiarare il caso come leggiero.

Le cose premesse ci conducono a ricercare, se sarebbe bene dispensare i medici dal far subito alla prima visita un determinato prognostico (36). Nei casi, che si ravvisano tosto, e indubitatamente, come leggierissimi, non v'è naturalmente bisogno di un termine, perchè il parere risulta di per sè, e non richiede più mature osservazioni: come esempigrazia nelle emissioni di sangue dal naso, nelle scalfiture, nei tagli e nelle contusioni in quelle parti del corpo, che non appartengono alle più sensibili. Ogni qual volta per altro il danneggiamento rasenta la provincia della criminalità, non bisogna disapprovare i medici, se cercano di andar ritenuti nel loro parere.

Il bisogno di una sollecita dichiarazione intorno al grado della lesione è dimostrato dalle ragioni seguenti. a) La qualità, di cui si presenta la lesione all'occhio dei periti a prima vista, vuolsi considerare come l'immediato successo (37) del fatto (38). Essa in quel modo, in cui è allora riconosciuta, dee formare il fondamento dell'inquisizione. b) Il giudice inquirente può non sapere in

(36) In pochi paesi si trovano disposizioni normali in proposito. Si suol prender regola dalla pratica dominante, la quale, come è facile a supporre, risente sommamente l'influenza dei medici. — L'ordinanza crim. pruss. §. 140. 144. parla di un *attestato della ferita*, che nei casi leggieri può rilasciarsi anche da un solo chirurgo.

(37) *Fort. Fidelis de relationibus medicorum* lib. IV. sect. II. cap. 1. 2. 5. Siebenhaar l. c. t. II. p. 44.

(38) Quando il tribunale acquista notizia del fatto qualche tempo dopo il medesimo, bisogna darsi cura di raccogliere dalle deposizioni de'testimoni lo stato originario della lesione.

generale, qual procedimento egli debba introdurre, nè quali provvedimenti prendere, finchè non sia precisamente sodisfatto a quella prima ricerca. Le primarie considerazioni son quelle, che si ottengono dalle affermazioni giurate dall'offeso (39), dalle deposizioni dell'incolpato (40), e dal confronto dell' uno con l'altro (41). Un ferimento pericoloso richiede operazioni spedite, e che, in vista della gravità della pena, sieno presi in tempo gli opportuni provvedimenti, affinchè l'agente non si sottragga alla giustizia. Di più l'inquisizione dee stradarsi in maniera, che, quando avesse luogo un caso di morte (42), gli esami del ferito sieno debitamente fatti e verificati (43), affinchè non manchi alcuna solennità, se il delitto si trasformasse in capitale. c) La determinazione preliminare del grado della lesione è richiesta ancora perchè, siccome abbiam detto, i medici non possano arbitrariamente alla fine della cura, secondochè questa è riuscita loro bene, o male, far conclusioni posticipate, e dare per grave una lesione originalmente leggiera, o per pericolosa una grave, ma debbano piuttosto giustificare come avvenisse una tal mutazione di cose.

Le ragioni, che si possono addurre in contrario, sono per avventura le seguenti. a) L'idea, che una lesione corporale non debba essere giudicialmente valutata subito dopo il fatto, ma solamente dopo l'acquistata certezza dell'intensità delle sue conseguenze, e così, che non deb-

(39) Von Jagemann Instituz. d'inquisiz. for. t. I. §. 472.

(40) Stübel Processo crim. t. III. §. 1558. e seg. Henke Instuz. t. IV. p. 626.

(41) Von Jagemann l. c. t. I. §. 159. t. II. num. 181.

(42) Questa possibilità dee temersi in ogni lesione della testa, specialmente quando il percosso si lamenta di vertigini; avvegnachè si possa formare uno stravaso nel cervello, che improvvisamente produca la paralisi.

(43) C. C. C. art. 25. §. 6.

ba essere esattamente caratterizzata dal medico legale prima che sia pervenuta ad uno stadio definitivo, è sostenuta da molti argumenti, e specialmente da quello, con cui si dice, che il corpo umano è organico, e che perciò le alterazioni prodotte su di esso non formano un avvenimento compiuto, fintantochè la natura non le abbia superate, o non debba loro totalmente o parzialmente soggiacere (44). b) Si potrebbe dire, che l'energia, con la quale il giudice criminale, dietro le timorose relazioni de'medici, procede contro gl'incolpati, parla contro il parere immediato; perchè, facendosi fondamento su di questo, gl'incolpati medesimi dovrebbero troppo spesso espiare gli errori, e gli esagerati timori del perito, senza che potessero poi ricevere una sodisfazione qualunque.

Per non incorrere nel dispiacere, che una lesione dichiarata leggiera si manifesti importantissima nel suo esito, e che allora apparisca fondato il rimprovero della loro superficialità, i medici, ognoracbè hanno il menomo dubbio, sogliono, nella loro immatura relazione, qualificare il male per più grave di quello che è: e quindi nascono gl'inconvenienti, che s'introducono molte inutili inquisizioni, e che le casse criminali si aggravan di spese, e i sudditi di persecuzioni, senz' altro profitto, che di rinviare gli affari ai magistrati di polizia.

Queste ragioni pro e contra si potrebbero nel modo il più semplice conciliare, quando 1) si osservasse la regola, che i medici legali al principio dell'inquisizione dicessero il proprio sentimento sul grado della lesione; purchè per altro 2), attesa la necessità di una più lunga osservazione nei casi difficili, non si rimanesse contenti

(44) Il famoso medico Carus nel suo libro su Göthe (Lipsia 1843) p. 57. 58. sviluppa con straordinaria evidenza questa lotta del principio anomalo col principio normale della vita.

di quel parere preliminare (45), il quale anzi 3) alla fine della cura dovesse esser supplito o corretto da un parere definitivo.

Postochè al parere preliminare sieno aggiunti dei dubbj e delle incertezze, l'inquirente vi troverà delle norme desiderabili per regolarsi, e così tratterà tanto più benignamente gl'incolpati, quanto è men certa l'essenza di fatto di una grave lesione. La prudenza per altro gl'impone sempre di raccoglier subito le deposizioni giurate del danneggiato, affinchè, se mai il suo stato andasse inopinatamente a peggiorare, sia già in processo quanto si richiede per porre in essere la prova, ed il malato non debba essere ulteriormente molestato dagli atti giudiciali.

Le lesioni del capo (46), come risulta dalle cose dette, non possono mai dichiararsi leggiere. Imperocchè l'esperienza insegna, che ivi anche i colpi apparentemente più insignificanti sono susseguiti da interni accidenti, che posson produrre ostinate malattie, ed anche la morte. Concussioni cerebrali, stravasi, crepature d'ossa, suppurazioni, sono spesso le conseguenze di colpi e di urti, che lasciano appena traccia esteriore. In tali circostanze sarebbe un esiger cosa impossibile, se si volesse, che i medici dessero subito un parere definitivo. Ancorchè essi lo facciano, un giudizioso inquirente non riposerà sulla dichiarazione, che la lesione sia assolutamente leggiera, ma regolerà i suoi passi in maniera, che sieno sufficienti

(45) Questo è il risultato della così detta diagnostica, cioè dell'arte di riconoscer subito uno stato morboso da'suoi contrassegni esterni. Siebenhaar l. c. t. I. p. 298. La relazione, e respettivamente il protocollo della prima ispezione oculare, si chiamava per lo innanzi *visum repertum medicum*. V. Meckel Elem. di med. leg. §. 39.

(46) V. il giornale di Henke per la medicina pubblica, e i trattati di Klein, Pfeufer, Schleiss, Hohnbaum, Schneider, Eichheimer, Wiegand, Steegmann ec.

in qualunque caso anche per una inquisizion criminale, o, quando abbia rimesso l'affare alla polizia (47), non trascurerà di raccomandare osservazioni ulteriori sulla persona bistrattata, affinchè, quando si presentino nuovi fenomeni, che dimostrino grave l'offesa, venga ritornato per la risoluzione al tribunal criminale.

Lo sciogliere i medici dall'obbligo di un parere definitivo in principio, è cosa, che apporta grande utilità anche alle persone offese; perchè in tal modo si rende possibile il procurare la necessaria assistenza alle povere genti, la quale debb'esser pagata dalla cassa pubblica, ogni qual volta non sia condannato nelle spese veruno (48). Ed appunto nei casi dubbj, i quali, una volta che sieno definitivamente dichiarati leggieri, non si debbono più curare per debito d'uffizio dal medico, una persona, che non sia amorevolmente custodita da alcuno, può, ritornando troppo presto a faticosi lavori, e trascurando le più semplici regole dietetiche, danneggiarsi per modo, da risentire più seriamente le conseguenze di una lesione indifferente, che di una lesione molto più grave trattata con una cura perseverante.

III. Per concludere l'essenza di fatto bisogna pur ricercare, se il danneggiamento si è dissipato affatto mediante la cura, o se è rimasto all'offeso un pregiudizio permanente.

Nella maggior parte dei casi il fatto, che appartiene a questa ricerca, si pone in essere con grandissima semplicità, se il ferimento anche gravissimo è guarito col

(47) Mayer, il processo crim. de' magistrati amministrativi e specialmente di polizia in Württemberg (Ulma 1842) §. 65.

(48) Che ciò non debba dar luogo a favorire alcun abuso, risulta di per sè. Ed in tutti gli Stati sono revisori periti, obbligati a ridurre le spese per le visite mediche palesemente non necessarie. Mittermaier proc. crim. par. II. §. 197.

debito trattamento in poche settimane, e l'offeso è ritornato alle sue occupazioni ordinarie. Ma se uno si attiene rigorosamente alla guarigione perfetta, si frappone talora tanto indugio alla definizion della causa, che l'inquisizione può rimaner sospesa degli anni (49). Si sa, che una lesione molte volte cagiona suppurazioni, che minacciano di andar crescendo sempre più, le quali il medico non può arrestare senza pericolo di produrre altri mali. Parimente allorchè sopravvengono ostinate emottisi, o nevralgie, od acuti dolori di testa, in sequela d'una violenta commozione, lo stato del paziente desta sovente apprensione per lungo tempo. In tali casi non si dee pretender dai medici, che dopo un certo termine (50) dichiarino, se la guarigione possa considerarsi come perfetta, oppure come immancabile; chè altrimenti si urterebbe nel medesimo scoglio, che fu censurato di sopra, criticando la distinzione fra le lesioni sanabili ed insanabili in generale. Se il danneggiamento è pericoloso alla vita, e si trova perciò necessario di assicurarsi della persona dell'incolpato, recludendola sino a ricognizione definitiva, la lunga incertezza diviene doppiamente penosa; perocchè è cosa gravissima il privare della libertà per un tempo indeterminato l'agente congetturale, dopo che l'inquisizione è terminata in tutti gli altri punti (51), fintantochè si di-

(49) Editto crim. di Baden del 1803. §. 71. — Mittermaier (Dir. pen. par. II. p. 70.) è d'altro avviso: ma sembra, che egli non consideri, che la condizione dell'incolpato è anche più penosa, quando è subito giudicato della lesione corporale, e poi vive nell'apprensione di dover soggiacere, quando accada successivamente la morte, ad una sentenza più dolorosa.

(50) Anticamente si prendeva, dietro il Farinacio, un termine di 40 giorni, il quale era manifestamente arbitrario.

(51) Kitka l. c. p. 58. 59. crede, che la prova dell'essenza di fatto si esaurisca col porre in essere la lesione: ma questo è

mostri, se l'offeso sia di così forte natura, da superare il male arrecatogli. In simili circostanze sarebbe prudenziale, e corrispondente al principio della giustizia il domandare straordinariamente ai medici, se sia più verisimile (52), che il malato si ristabilisca, o soccomba, e nel primo caso rimettere in libertà l'arrestato.

Non merita approvazione la pratica di quei tribunali (53), che nei casi di lunghe malattie pronunziano una decisione arbitraria, giudicando secondo lo stato degli atti. I medici non dovrebbero propriamente rilasciare un parere definitivo, fintantochè la cura, che hanno intrapresa, non sia pienamente terminata, e non se ne possa esprimere un risultato sicuro: ma pure vi si lasciano indurre, quando ne sono ripetutamente richiesti. Allora o tali pareri sono concepiti in termini affatto insufficienti, e dichiarano grave, o senza pericolo il danneggiamento per lo stato presente, o, se sono decisivi, dicono generalmente più che non dovrebbero, a cagion del timore di un successivo peggioramento. Nel primo caso adunque un parere incerto, nel secondo un parere precipitato servirà di base alla sentenza del giudice, e si cadrà sempre in errori, contro dei quali non si può mai predicare abbastanza. La durata straordinariamente lunga dell'inquisizione non dee persuadere giammai degli atti di giustizia eccezionale, che equivalgano al taglio del nodo gordiano. Ancorchè una malattia, riconosciuta come se-

un errore; perchè non la lesione per sè, ma l' effetto di essa determina la penalità del fatto.

(52) Nuovo archivio di dir. crim. t. IV. p. 231. — Bizzarra è certamente l' idea di Steizer, che si debba richiamare il medico a determinare il numero de'giorni critici, dentro i quali s' abbia a decidere il destino del malato.

(53) V. Mittermaier, processo crim. par. II. p. 71. nota 8.

quela di sofferta violenza (54), faccia oscillare per lungo tempo fra la speranza e il timore, bisogna, che il giudice criminale non perda mai la pazienza.

Fintantochè lo stato della malattia si mantiene ondeggiante, conviene astenersi da qualunque giudizio; perchè può accadere, che, aggravandosi il morbo, o sopravvenendo la morte, si debba pronunziare una più severa sentenza.

Se un ferimento, che fu sentenziato come leggiero, si possa, quando poscia divenga pericoloso, o lasci un pregiudizio permanente, riprendere in esame e decidere con un nuovo giudizio, è una quistione, alla quale molti pratici rispondono affermativamente, ma che merita una replica negativa. Imperocchè la riassunzione non ha luogo che quando si presenta l' essenza di fatto di un delitto non ancora deciso, e non già quando di un delitto, il cui accusato fu già dichiarato colpevole od incolpevole, si presenta una nuova circostanza, ossia una modalità, che da prima rimase ignorata. Nel secondo caso in fatti dal rimprovero di trascuranza è colpita la giustizia medesima, che fondò il proprio giudizio sopra una base imperfetta.

Se all'incontro fu pronunziata, ed anche eseguita una sentenza in causa di lesione corporale, ciò non impedisce di riassumere il giudizio, quando in seguito abbia luogo la morte dell'offeso. Imperocchè allora non si tratta più di supplire all'essenza di fatto anteriore, ma si presenta un delitto affatto nuovo di omicidio (55), che non dee

(54) V. Siebenhaar l. c. t. II. p. 290 e 502.

(55) La cosa potrebb' esser diversa, se l'offeso, al tempo della conchiusione degli atti relativi al ferimento, era già morto; perchè allora si potrebbe opporre a qualunque riassunzione, che il tribunale in quello stato di cose riconobbe solamente un ferimento, e non un omicidio. Nè sulla notizia posteriormente acquistata della morte si

rimanere impunito, per la ragione che è stato già deciso un reato più leggiero, collegato con esso. L'unico riguardo da aversi in tal caso, dovrebbe consistere nel detrarre dalla pena applicabile il castigo già sofferto pel capo del ferimento.

Queste osservazioni confermano quanto abbiamo detto di sopra, vale a dire, che bisogna andar lentamente nel giudicare un grave danneggiamento della salute, fintantochè l'offeso non sia stato lasciato dai medici come pienamente guarito, o come affetto da un pregiudizio, che non si possa più rimuovere, o fintantochè non abbia incontrato la morte. Imperocchè il tribunale si espone sempre al pubblico disprezzo, quando è costretto a confessare, che ha giudicato con precipitazione.

È una quistione molto dibattuta quella, con cui si ricerca, che cosa si debba intendere per danno permanente (56). Quando si vuol distinguere un danno perpetuo da uno transitorio, si rientra nella disputa, tentata di sopra, intorno al momento del parere definitivo. Permettendo ai medici di qualificare di transitorio un pregiudizio, si aprirebbe la porta a quelle ambiguità, che hanno in questo punto anche troppi amici. Si danno certamente molte lesioni, nelle quali non si può negare una remota possibilità di veder dissipato il pericolo di qualunque disfiguramento. Di un occhio offeso si potrà debolmente sperare, che riacquisti la virtù visiva. Ad un orecchio assordito in conseguenza di un colpo potrà forse ritornare l'udito, mediante l'influenza dell'aria, del nutrimento, dell'occupazione ec. In tutti questi casi sarebbe comodissimo dichiarare, che esiste un pregiudizio tran-

potrebbe fondare una nuova sentenza, in quanto che l'incolpato non dee soffrire per causa dei difetti dell'informazione. Zachariae, Linee fondamentali del proc. crim. p. 290—295.

(56) Siebenhaar l. c. t. II. p. 49.

sitorio, cioè possibilmente capace di dissiparsi col tempo. Ma ciò condurrebbe a troppa condiscendenza verso i malfattori, per non volere aspettare quello stadio della cura, il quale permetta un parere assolutamente determinato.

Quindi non si dovrebbe ammettere dai tribunali altra categoria, che quella del danno permanente. Ma i pregiudizj permanenti non possono poi ricever norma da regole, che sieno in ogni caso applicabili. La cosa dipende ancora dalla individualità (57), dalla constituzione, e dallo stato dell'offeso.

La perdita di un membro qualunque, sia un occhio, un braccio, un piede, o anche un dito, è da considerarsi assolutamente come un danno permanente. Vi si dee computare anche la perdita di un dente sano (58). Simili parti del corpo sono in fatti necessarie ad esercitare senza impedimento tutte le funzioni.

All' incontro una leggiera cicatrice nella faccia non potrebbe nelle condizioni comuni della vita considerarsi come un disfiguramento nel senso medico-legale: mentre quelle persone, che debbono fare la loro fortuna principalmente con la regolarità della figura e dei lineamenti, come sono gl'istrioni e i ballerini, soffrono per tali sfregj un pregiudizio reale. Un difetto che rimanga ne'piedi, il quale impedisca di camminare a passo accelerato, sarebbe un *damnum permanens*, se l' offeso fosse un soldato, od un messaggiere, ma non già se conducesse una vita sedentaria. Un piccolo guasto nella mobilità di un dito si dovrebbe riputare importante, se colpisse un sonatore, che dovesse procurarsi da vivere con l' agilità delle dita (59).

(57) Meckel, Elem. di med. leg. §. 61. Henke, Elem. di med. leg. 8.ª ediz. §. 431—438.

(58) Ciò si dovrebbe specialmente dire di un dente incisivo.

(59) Fa d'uopo notare, che gli offesi esagerano volentieri le

Per lo che è molto razionale in questo rispetto la partizione dei danni permanenti in *indeterminati* e *determinati* (60): ed è sempre ufficio dei magistrati inquirenti, come dei medici legali, l'investigare, se l'offeso sia stato particolarmente pregiudicato, a motivo del suo stato e della sua professione, dalla qualità della lesione. Perciò la competenza su tal quistione di fatto non appartiene ai soli medici, ma ancora ai giudici, semprechè sappiano in che consiste la perturbazione, e possano valutare le sue conseguenze sulle occupazioni consuete dell'offeso.

IV. Se poi si domanda, per quali mezzi o per qual lesione (61) è stata arrecata la perturbazione alla salute, il fisico e l'inquirente si debbono anche qui scambievolmente soccorrere; perchè la cosa non tanto dipende dal determinare, con quale stromento possa essere stato applicato il colpo, quanto in qual modo sia stato adoperato lo stromento medesimo. Solamente quando in questa materia si manchi di qualunque schiarimento conforme all'esigenze degli atti, si potrà entrare nella provincia delle verisimiglianze: nella quale spetterà unicamente al medico il dedurre dalla qualità delle lesioni una conclusione, che per lo più sarà molto generale.

Allo stromento adoperato si dee fare attenzione, perchè l'intenzion dell'agente ne riceve la più importante dichiarazione. Oramai certamente non si dovrebbe più

conseguenze del bistrattamento; onde ne' casi dubbiosi il giudice non si dee contentare, che i medici rispondano con semplici presunzioni alla quistione del danno permanente, ma fa d'uopo che richieda da essi una più lunga osservazione nell'esercizio delle loro funzioni, sulla quale solamente si può costruire un parere ben fondato. Conf. Siebenhaar l. c. t. II. p. 115. sulle malattie simulate, e p. 121. sulle lesioni apparenti.

(60) Siebenhaar l. c. t. II. p. 49.

(61) L. 1. §. 3. D. *ad L. Corn. de sic.* c. 18. in fine X. *de homicid.* Kock Instit. jur. crim. §. 441.

affermare, che dall' uso di certi stromenti, come d' un arme da fuoco, d'un pugnale, e simili, si possa ricavare la presunzione, che sia stata presa di mira una lesione pericolosa alla vita (62). Per quanto non si voglia contrastare che un più alto grado di malvagità, d' indifferenza per le conseguenze dell' aggressione, e di risoluzione si ritrovi nell' uso di tali armi, ciò per altro non autorizza ad ammettere, che il successo avvenuto sia costantemente premeditato. Può accadere all' incontro, che un uomo, eccitato dalla passione, vegga nel momento medesimo, in cui si vuol vendicare, un fucile, e che precipitosamente lo spiani, e lo spari. Qui non si potrebbe certamente asserire, che il delinquente abbia scelto un tale stromento, appunto perchè voleva distruggere l' avversario con un sol colpo. Egli prese il fucile, perchè non gli battè alle mani un' altra arme, e perchè la disgrazia volle, che lo scorgesse in così mal tempo. Si può ancora immaginare, che pigliasse la mira ad una parte del corpo, la quale non constituisca una condizione essenziale della vita. Ancorchè ne seguitasse la morte, si dovrebbe punire un dolo *eventuale* (63): e se la cosa è andata così a terminare in una semplice lesione, non si dovrebbe dedurre dalle circostanze un tentativo di omicidio, ma solamente riconoscere un danneggiamento della salute, aggravato dall'uso di un arme, che potea facilmente produrre la morte.

A questa limitazione si dovrebbe ridurre in pratica l' idea corrente di *armi mortali*. Esse possono produrre

(62) Questa opinione, come viceversa la teorica, che si debba ammettere semplicemente un omicidio fuori dell' intenzione, ognorachè l' agente si sia servito di armi *casualmente* mortali, è stata principalmente bandita da Quistorp, Fondamenti del dir. pen. t. I. §. 223.

(63) Feuerbach Elem. di dir. pen. 13.ª ediz. §. 59. Bauer Elem. di dir. pen. 2.ª ediz. §. 57.

la morte più agevolmente di altre armi, ma per sè sole non provano l'intenzione di uccidere.

Il volere dalla qualità dei mezzi adoperati conchiudere, che l' agente si proponesse un successo maggiore di quello avvenuto, sarebbe un errore contrario al principio fondamentale del diritto penale germanico (64). Se per esempio un assalitore, che percosse con un palo da siepe, o con una leva di ferro sul capo dell'avversario, non fece che offenderlo leggiermente, non avremmo il diritto di supporre, che egli, perchè il colpire una parte nobile del corpo con tali stromenti suol produrre effetti gravi, se non mortali, avesse la volontà di ferir gravemente (65). In questo fatto non è dato di ritrovare, che una lesione leggiera consumata, o il tentativo di una lesione grave. Il contemplarvi l'una e l'altra cosa insieme, sarebbe lo stesso che impugnare la verità incontrastabile, che chiunque si propone di cagionare ad un altro un patimento corporeo può avere una sola intenzione, o cioè indeterminata, come suole più di frequente accadere, o determinata, diretta al danneggiamento, respettivamente grave o leggiero. Nel primo caso l'essenza di fatto, quale sta dinanzi agli occhi, cioè quella di una lesione leggiera, formerà la base del giudizio: nel secondo questa lesione si dee considerare come un principio del successo preso di mira, e così come il risultato di un tentativo. Una concorrenza di amendue le violazioni della legge non è escogitabile; perocchè non si tratta di diversi reati, ma solamente dei gradi di uno stesso reato (66).

(64) Henke Instituz. di dir. crim. t. I. p. 185.

(65) Alla presupposizione della volontà appartiene ancora (per parlare con Abbegg Elem. della scienza del dir. pen. p. 136) la cognizione attuale della relazione del fatto col successo possibile, voluto come scopo.

(66) Bauer Trattati di dir. pen. t. II. p. 22. Elem. di dir. pen. 2.ª ediz. §. 35. V. gli annali di Hitzig t. XIII. p. 12—26.

La ventilazione di questo punto non dovrebbe qui sembrare fuori di luogo; perchè i medici legali, partecipato che sia loro il ritrovato stromento, non di rado si diffondono nel ricercare, quali effetti possa produrre l'uso del medesimo contro di un uomo, e, quando la lesione è riuscita di poca importanza, s'ingegnano volentieri di dare al fatto il colore di casuale. Ed il giudice può rimanere incerto nel sottomettere alle comminazioni della legge una volontà, che gli atti dimostrano meritevole di punizione. Ora farebbe d'uopo esaminare più maturamente, se sia cosa buona o necessaria il consegnare a'medici, perchè distendano il loro parere, gli stromenti, che certamente, o probabilmente, o possibilmente hanno servito ad offendere. In pratica, per quanto mi è noto, questa consegna non incontra ostacolo di sorte: ma la cosa non dovrebbe andare così.

Si sono già elevate negli anni decorsi delle voci autorevoli contro il sistema di permettere al fisico anche la lettura degli atti inquisizionali al detto effetto: ma io mi sono per propria esperienza convinto, che senza la partecipazione degli atti sarebbe affatto impossibile (67) il fare un parere compiuto; perchè il medico, ancorchè gli fossero proposti dei quesiti sommamente precisi, non avrebbe alcuna notizia della situazione, in cui furono fatte le ferite, nè delle circostanze accessorie, onde furono accompagnate, e così non si potrebbe formare giammai una chiara idea delle cose. Ma non è lo stesso quando si tratta di dare un parere sul mezzo prossimo del fatto. Su questo punto la ferita medesima, o in generale il danneggiamento, parla chiaramente da sè al perito (68). Egli

(67) Giornale per la procedura penale germanica, t. II. p. 260.

(68) Siebenhaar (l. c. t. II. p. 30—36) distingue le seguenti specie principali di lesione corporale: 1) ferite propriamente dette, 2) contusioni, 3) concussioni, 4) lussazioni, e 5) abbrostiture.

dee scorgere a prima vista, se il danneggiamento deriva da un colpo di taglio, o di punta, o da un tiro d'arme da fuoco, o da una bastonata, o da un urto, e dee quindi poter determinare, se fu fatto uso dell'una, o dell'altra specie di armi, o di una cosa diversa, o se non venne adoperato alcuno stromento. L'ultimo caso si presenta di frequente, allorchè la causa del danneggiamento consiste in un semplice urto di mano, o di piè, o in una spinta violenta contro un muro, o sopra un suolo ripieno di pericolose scabrosità.

Sarebbe certamente un esiger troppo, se, dietro questa congettura, si volesse una descrizione precisa del corpo offensivo: ma, salve poche eccezioni, è possibile somministrarla approssimativamente.

Questo giudizio, formato sullo stromento congetturale, e dedotto dalla qualità esterna della lesione si connette col desiderabil parere preliminare intorno al grado della medesima. E quanto un parere sì fatto è d'importanza per regolar la condotta del giudice inquirente, altrettanto questi è interessato a scoprire, di qual mezzo si può esser servito l'agente, ricorrendo perciò a speciali investigazioni, a perquisizioni domestiche, ed a simili altre ricerche (69).

Giunto poi lo stadio del parere definitivo, non v'è più difficoltà a mostrare a' medici gli stromenti per avventura scoperti, e a domandare, se coi medesimi può essere stata arrecata la presente lesione (70), o se uno stromento di questa specie ne potè esser la causa occa-

(69) Henke Instituz. di dir. crim. t. IV. p. 611. Weiske Vocab. giurid. t. IV. p. 231.

(70) Tal quesito ha luogo anche nel sospetto di danneggiamento arrecato con materie venefiche, le quali si trovino nel possesso dell'incolpato. Mittermaier, proc. pen. 3.ª ediz. par. II. §. 124.

sionale. Se lo stromento combina con la lesione, fa d'uopo vedere, se il medico, che or lo dichiara congruente, si è posto in diretta contradizione con la sua precedente opinione: nel qual caso bisogna richiamarlo a giustificarsi.

Ma se poi dello stromento si dee far uso per convincere l'incolpato negativo (71), si potrà per eccezione presentare ai medici legali, prima che rimettano il parere definitivo; perocchè l'inquirente non dee mai per proprio giudizio affermare la congruenza di uno stromento con la ferita.

I corpi di delitto, che furono ritrovati, si debbono inoltre inviare al tribunal decidente, tanto perchè sieno osservati da esso (72), quanto perchè si possa ricorrere al parere di medici superiori, che sulle semplici descrizioni non può mai riuscir così pieno, come quando è fondato sull'inspezione oculare (73).

V. Con l'ultima delle quistioni proposte di sopra si ricerca, se altre cagioni estranee al fatto abbiano contribuito al danneggiamento (74). Sebbene questa indagine si faccia nell'interesse della discolpa, non dee per altro giammai tralasciarsi, e nemmeno nel caso, in cui l'in-

(71) Come se per esempio uno stromento, che dimostrabilmente appartiene all' incolpato, vien trovato sul luogo del fatto.

(72) Io conosco un caso, in cui un correferente credeva di non dovere ammettere, dietro il tenòre degli atti, alcuna intenzione di uccidere, e che si mutò ad un tratto di opinione, appena ebbe veduto co' proprj occhi, e brandito con le proprie mani il bastone inviato.

(73) Per questo motivo non dee qui trascurarsi l'occasione di raccomandare per l'uso forense l'atlante anatomico di Diehl, utilissimo alle inquisizioni legali, tanto pe'giudici, che pe'medici. 2.ª ediz. Heidelberg 1839.

(74) Qui si può confrontare, ed in parte applicare per analogia ciò che gli scrittori dicono delle lesioni *casualmente mortali.* Siebenhaar l. c. t. II. p. 53. e seg.

colpato prenda sopra di sè la responsabilità dell'intiero successo.

Io mi sovvengo di un caso memorabile, in cui un onesto cittadino era incolpato di aver prodotto una grave lesione del capo, per aver fatto fortemente percuotere una sola volta sul pavimento dell'osteria l'occipite dell'avversario, atterrato nella baruffa. Egli confessava il fatto, ed ancora di aver veduto comparire la ferita di contusione, della quale si trattava. Ma questa era un'illusione; perchè con l'urto descritto non si poteva produrre quella ferita, che aveva ancora degli orli acuti. Io cercai dunque d'investigare più esattamente che fu possibile, che cosa era avvenuto dipoi dell'uomo bistrattato: e venne a risultare, che il medesimo, gravemente ubriaco (75) com'era, fu portato subito a casa sulle spalle da un amico, e che in questa occasione cadde un'altra volta con l'occipite in giù su certi tronchi d'albero, lasciati all'aperto, sui quali sporgevano dei nodi. I medici legali, che avevano già dichiarato possibile, che la ferita fosse derivata dal primo colpo, ricevuti altri quesiti ripularono verisimile, che fosse avvenuta in sequela della caduta su que'tronchi scabrosi, e l'incolpato dichiarò di aver preso la ritrovata lesione per un effetto necessario del proprio trasporto, senza averla osservata.

Da ciò fu posto in essere, che la verisimiglianza parlava per lo meno per un caso disgraziato, quanto per una lesione delittuosa: e, se la corte criminale non decise in questo senso, la causa di ciò fu la confessione dell'incolpato, esistendo la quale non si consente di leggieri in

(75) Ognorachè si presenta un ferimento, i giudici inquirenti dovrebbero cercare di scoprire, se il bistrattato era in stato di sobrietà, non tanto perchè è possibile farsi delle lesioni da sè, quanto perchè le conseguenze etiologiche della lesione spesso riescono affatto innormali per via dell'ubriachezza contemporanea o successiva.

Germania di fondar le sentenze sopra di basi, che sieno diverse da questa *regina probationum* (76).

Del resto le cause, che non stanno in connessione col fatto, possono essere esterne ed interne, e sono prodotte o dal contegno particolare dell'offeso, o in altro modo.

Tra queste cause non si debbono annoverare anche quelle, che provennero da circostanze *concomitanti* del fatto, benchè per avventura ignote all'agente: come se taluno fu gettato in un luogo, in cui può farsi più danno a cagione di punte o diseguaglianze sporgenti, o di maggior durezza del suolo (77); o se l'assalto avvenne in una contrada solitaria, dove l'offeso non così tosto, quanto sarebbe stato necessario, potè ricevere assistenza; o se egli fu sorpreso da un'infelice mutazione atmosferica, cioè dalla neve, dalla pioggia, o dalla tempesta, per modo che la stagione peggiorasse lo stato delle ferite fino al segno di convertirle in mortali (78). Ancorchè simili casualità non determinino precisamente un aggravamento di pena, non se ne dee trarre per altro un argumento di mitigazione; perocchè vuolsi per lo meno attribuire a negligenza dell'assalitore il non avervi posto pensiero. Il giudice inquirente bensì dee considerare e descrivere debitamente anche simili circostanze accessorie, come influenti nell'essenza di fatto; avvegnachè non si può mai prevedere con sicurezza, qual peso darà alle medesime il tribunal decidente (79).

(76) Così dice esempigrazia Jac. Menochius *de praesumpt. comment. Lib.* I. *quaest.* 61. *num.* 8. « *Nulla est melior, nullaque efficacior probatio, quam proprii oris confessio* ». V. all'incontro Martin Elem. di proc. crim. 2.ª ediz. §. 79. « Un inquirente, che sia pienamente fedele al proprio dovere, cerca sempre oltre alla confessione altri riscontri sopra il punto, di cui si disputa, perchè la confessione può anch'esser mendace, od erronea ».

(77) In ogni caso è opportuna un'inspezion giudiciale del luogo.

(78) Quistorp Fondam. di dir. pen. t. I. §. 220.

(79) Secondo il progetto di cod. pen. pruss. del 1843. §. 107.

Le conseguenze accessorie, che si verificano indipendentemente dall'azione delittuosa, sono, in quanto derivano da cause esterne, di specie simigliante alle riferite, dalle quali differiscono solamente perchè cadono in un altro tempo. A questo capo appartengono ancora le collisioni meccaniche con le parti offese del corpo, e le affezioni psicologiche (80). Se la ferita esistente si è riaperta a motivo d'una caduta, o di un urto, la guarigione dee naturalmente riuscire più malagevole: e tutte le malattie, nelle quali è particolarmente attaccato il sistema nervoso, vengono accresciute dallo spavento, dall'ansietà, e da altri consimili patemi di spirito (81).

Non di rado l'offeso è ubriaco nel momento dell'assalto: nel qual caso avverrà difficilmente, che egli prosegua solo la sua strada senza cadere. Generalmente molte lesioni, come fu osservato di sopra, prendono nell'ubriachezza una forma affatto diversa da quella, che avrebbero assunto nello stato di sobrietà. Ed è ufficio dell'inquirente investigare il contegno, tenuto dal ferito avanti il fatto, nel tempo di esso, e dopo, in quanto può esercitare influenza sopra la lesione, affinchè i medici possano trovar preparati i materiali, necessarj al loro giudizio.

Le cause cooperanti interne si ritrovano nella individualità dell'offeso. Quando egli è pienamente robusto e sano, tutte le perturbazioni, che non sono mortali, guariscono presto. Viceversa le persone malaticcie, specialmente se tisiche, o scrofulose, rimangono sempre più gravemente colpite dalla violenza loro usata; perchè l'innor-

num. 9—11. si dovrebbe contemplare una circostanza aggravante, quando l'agente, che conosceva tali pericolose circostanze, commise intenzionalmente il delitto sotto la loro influenza.

(80) Tittmann Instituz. 2.ª ediz, t. I. p. 375.

(81) Henke Elem. di med. leg. §. 489. Siebenhaar Instituz. di med. leg. t. I. p. 566—577.

malità, che in esse predomina di per sè, accende la febbre, accresce la suppurazione, o l'esaurimento delle forze per la perdita del sangue, e riagisce sullo stato generale. Quindi, se i medici curanti nulla dicon di ciò, come d'ordinario avviene, si debbono sempre richiamare a fare attenzione sulla qualità individuale del corpo (82).

Questi sono i capi principali, a cui bisogna guardare nelle lesioni corporali, e nei danneggiamenti della salute: ed io, mediante il saggio presente, mi confiderei di aver contribuito qualche cosa, se non alla migliore dichiarazione, all'intelligenza almeno di ciò che occorre fare in simili casi. V'hanno delle contrade, in cui ogni pubblica festa è occasion di baruffe; onde gl'inquirenti a poco a poco vi si accostumano, e procedono superficialmente contro le medesime. Eppure quello che è quotidiano, specialmente se si parla di violazioni di leggi penali, è appunto ciò che preme maggiormente; perchè la civil società è principalmente disturbata e messa in pericolo da quei delitti, che si rinnovano con più di frequenza. Dalle risse nascono facilmente ferimenti, dai ferimenti pericolose mutilazioni, e da queste alla fine omicidj. Un male così fecondo bisogna dunque sopprimerlo nel suo germe. Chiunque corre sollecitamente dietro alle traccie dell'essenza di fatto, e costruisce la prova con tanta accuratezza, che il colpevole rimanga, per quanto è possibile, colpito dalla pena, non ha sicuramente da avere molto timore di uccisioni. Non si abbia difficoltà di spiegare la necessaria energia, per assicurare lo scopo dell'inquisizione, il quale consiste nell'investigazione del vero: si ordini una pronta

(82) Pel giudice inquirente il partito più sicuro è sempre quello di proporre espressamente ai medici legali, in ogni caso di perturbazion di salute, le cinque sopraddette quistioni, e quelle ulteriori, che possono reclamarsi dalle circostanze, affinchè i periti nulla tralascino di essenziale. Mittermaier, Dottrina della prova p. 183 – 204.

perquisizione contro tutti coloro, su cui cade il sospetto, per ritrovare gli stromenti che mancano, e si proceda all'arresto, ognorachè è possibile, anche remotamente, il pericolo della vita, come nella maggior parte delle lesioni del capo, o quando più persone sono incolpate di partecipazione, e tutte negano (83). Così gl'impiegati sottoposti impareranno a conoscere, quale importanza si debba dare a questi delitti nell'interesse dell'ordine pubblico.

E poichè la cosa quasi altrettanto dipende dall'attività e diligenza dei medici legali, che dei giudici inquirenti; così per la buona riuscita è assolutamente necessario, che gli uni e gli altri amicamente cooperino (84), e si dicano oralmente tutto quello, che non può essere scritto appuntatamente. Sullo stato delle persone danneggiate il medico legale dovrebbe presentare il suo referto almeno ogni tre giorni; perchè i provvedimenti dell'inquirente debbono assumere un diverso carattere, secondo il crescere, o lo scemar del pericolo. Il medico fa spesso i suoi comodi, e rilascia la inspezione e la cura, dal principio alla fine, al chirurgo aggiunto. Questo è un disordine; perchè a stabilire l'essenza di fatto di una lesione corporale, come di una uccisione, si richiede sem-

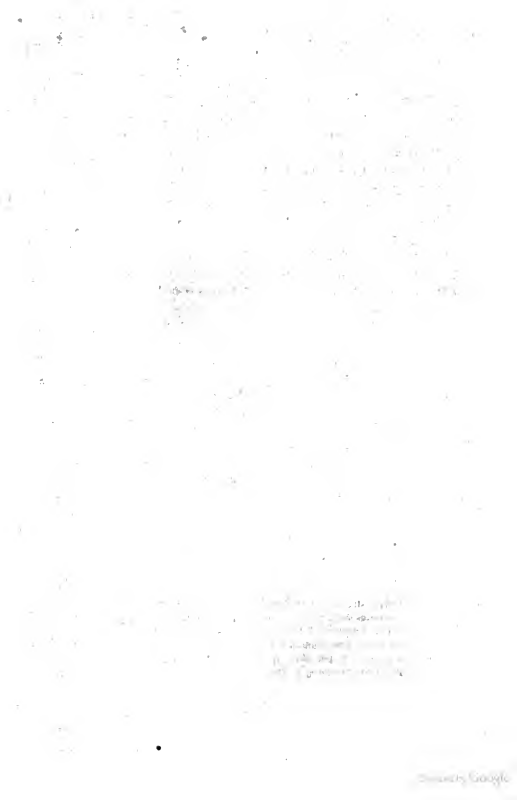
(83) Siccome il delitto non giustificherebbe di per sè una lunga carcerazione, così viene a raddoppiarsi il dovere di accelerare l'inquisizione per modo, che si renda possibile un pronto rilascio. Mittermaier, Proc. crim. par. I. §. 74.

(84) Disgraziatamente accade con troppa frequenza, che gl'impiegati al servizio della giustizia e della cura medica, in vece di passarsela bene insieme, si trattino ostilmente. Il che in parte dipende da difetto di disposizioni organiche intorno alla loro scambievole relazione officiale, in parte da mancanza di educazione civile. Dovunque sussistono simili sconcerti, i governi dovrebbero cercare di rimediarvi per mezzo di serie ammonizioni, e finalmente di mute, e anche di destituzioni dell'uno, o dell'altro; perchè il pregiudizio diviene ogni giorno più grave per l'amministrazione della giustizia.

pre la cooperazione di due medici (85). Il medico non può di per sè solo distendere o sottoscrivere un parere, di cui non conosce per propria osservazione le premesse di fatto: e d'altra parte non va bene, che si lasci ad un chirurgo solo, e senza sorveglianza, intraprendere un affare di tanto momento per la sorte di tutti gl'interessati. Quindi il giudice dee vegliare sopra di ciò, ed informarsi di tempo in tempo, se il primo medico fiscale si dà il debito pensiero dei malati. In generale il giudice debb'esser sempre sollecito dell'integrità, e della precisione dei protocolli medico-legali, delle relazioni, e dei pareri, e procurarne il supplimento, quando sembrino manchevoli.

---

(85) Cod. austr. dei del. I. 242. Kitka Contribuz. alla dottrina dell'essenza di fatto, 2.ª ediz. Vienna 1843. p. 219. Bolley, (Instruzione di procedura nelle cause crim. p. 348.) riconosce questo principio, ma lo vuol limitato alle lesioni pericolose, senza assegnarne la ragione. V. per altro il cod. di proc. crim. pruss. §. 140. e quello di Würtemberg §. 113.

VIII.

INTORNO ALLA RICERCA DELLO SPECIALE NELLA LESIONE CORPORALE, E NEL DANNEGGIAMENTO DELLA SALUTE (DISSERTAZIONE DI *JAGEMANN*, ESTRATTA DAL TOMO XXVI FASC. 2. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE, ANNO 1845).

Nella precedente dissertazione si cercò di stabilire l'essenza di fatto della lesione corporale nel senso giuridico criminale, e risultò, che in quella materia non è possibile un sicuro giudizio senza rispondere a cinque domande, le quali contengono le modalità, che si sogliono presentare. Con tutto questo per altro non si fa che fondare la base giuridica della inquisizione (1), vale a dire si giugne a scoprir con certezza, se sia stato commesso, o no, un delitto di questa categoria, e così si determina preliminarmente la condizione legale, presupposta per l'esercizio dell'attività giudiciaria. Il secondo stadio, in cui si ricerca, se ed in quanto un determinato subietto fu causa efficiente di quella essenza di fatto, dipende dai materiali, che debbon fornire la prova dello speciale. Con l'essenza del delitto (2) non si mette in chiaro quella particolare qualità del fatto, la quale forma il fine prossimo della persecuzion criminale, cioè non si discopre il modo ed il grado, in cui il privato s'è contrapposto al decreto della legge.

(1) V. il giornale di procedura penale germanica, nuova serie, t. II. p. 30. e seg.

(2) Abegg Elem. p. 102.

Non si può certamente parlare di un delitto, fintantochè non consta, o non è verisimile, che una manifestazione della volontà umana fu quello che richiamò l' attenzione del giudice (3). Perciò nella prima delle cinque quistioni, discusse nella precedente dissertazione, si cerca, se il ben essere corporeo d' un uomo sia stato violentemente perturbato. Ora dunque è necessario indagare le regole, a tenor delle quali si dee dichiarare il contegno subiettivo della persona sospetta del fatto.

La prova dello speciale si divide sempre in due parti, cioè nella prova, che il fatto fu precisamente commesso da quel dato subietto, e nella prova, che questi prese di mira il successo, del quale si tratta, o lo potè almeno prevedere. La prima parte è l'evidenza della connessione causale fra l'atto dell'incolpato ed il fatto delittuoso: la seconda è l' evidenza della volontà contraria alla legge penale (4).

Nel primo rispetto la dottrina della lesione corporale non somministra nulla di particolare. Solamente nel caso concreto si debbono investigare le circostanze, ed i mezzi di prova, onde si può desumere la relazione del fatto incolpato con la persona, che n'è incolpata, e la collisione accaduta (5). È dunque necessario sapere, se una inimicizia si era già radicata prima del fatto; se precederono

(3) Anche i casi sciagurati presentano per vero dire un successo, che può dar luogo a congetturare un delitto: ma quelli, che sono indubitatamente di questa specie, come la morte per colpo di fulmine, o in sequela d'inondazione, non debbono considerarsi dal giudice criminale, finchè almeno non vi sia eccitato dal magistrato di polizia, che incontri per avventura un qualche sospetto. Mayer, Procedimento penale de'magistrati amministrativi, e particolarmente di polizia. Ulma 1842. §. 200.

(4) Bauer Trattati di dir. pen. t. I. Gottinga 1840. p. 259—283.

(5) Stübel, dell' essenza di fatto dei delitti, §§. 355—369. Kitka, Dottrina della prova nel processo crim. austriaco, §§. 78—84. 84—90. 92—94. C. C. C. art. 29.

altre violenze; per quale occasione avvenne l'incontro; come si comportassero le due parti; se l' individuo sospetto operò da sè solo, o in compagnia di coautori od ausiliatori; e se in generale sia fuori di dubbio, che la sua attività producesse un danneggiamento, e precisamente quello riconosciuto per delittuoso. Quindi importa chiarire con la maggiore esattezza possibile, a qual parte del corpo fosse diretto l' assalto, e dove effettivamente colpisse; in qual posizione si ritrovasse in quel momento l' offeso; in somma in qual modo la causa e l' effetto meccanicamente corrispondessero fra di loro.

Qui per altro noi dobbiamo parlare della parte più rilevante ed insiem più difficile della prova dello speciale, cioè della disposizione della volontà.

Nella lesione corporale più frequentemente che negli altri delitti l' imputabilità si presenta diminuita (6). Le occasioni e i motivi della lesione corporale sono per lo più d' indole impetuosa: germogliano dalle passioni (7) di vanagloria, di vendetta, d'ira, d'invidia, d'amore, o piuttosto di sensualità, che sono provocate dalle cricche delle taverne: sono in una parola i risultamenti di quella tendenza umana, più o meno corretta dall' educazione, di sostituire la forza alla ragione, e della ingenita brutalità del volgo (8).

Lo stato, in cui per lo più si attaccan baruffe, e si arrecano offese, è quello d'affetto e di ubriachezza, quando il sentimento e l' appetito sono così eccitati e sollevati, che la ragione in quell'interno tumulto può farsi appena sentire. Se taluno entrò in quella esaltazione di

(6) Feuerbach Elem di dir. pen., 48.ª ediz. (di Mittermaier) nota IV. al §. 94. Marezoll, Dir. crim. germ. p. 148.

(7) Henke Instituz. di dir. crim. t. I. p. 548 e seg.

(8) Intorno alla potenza dell'educazione è da leggersi specialmente Schulze, Antropologia psicologica, 3.ª ediz. §. 227.

spiriti con l' idea di attaccare con tanto più di energia la parte avversaria, i principj della politica criminale vietano di menargli buono, nel fatto poscia eseguito, quel turbamento di animo (9): ma questo è un caso assai raro. Per lo più il germe delle contese e delle zuffe è casuale: ed allora occorre gran prudenza per non oltrepassare nell'imputazione i confini della giustizia. Intorno all' affetto ed all'ubriachezza, ancorchè ne sia dimostrata la presenza, comunemente suol dirsi, dipendere dalle circostanze, che un uomo, riscaldato dalle parole pungenti e dal bere, non abbia operato in uno stato di tranquilla riflessione, ma che si dee sempre stimare, che egli nel momento del fatto avesse coscienza di ciò che faceva. Questo ragionamento manca di qualunque acutezza giuridica, e dipende dall'antico errore della *praesumtio doli* (10). Sebbene l' agente, nel percuotere, o nell'urtare, sappia, che urta, o percuote, ciò vuol dir solamente, che egli ha coscienza di ciò che fa, ma non anche dell'ingiustizia di ciò che fa (11). Ed il solo fare non basta a constituire il delitto; chè altrimenti sarebbe criminoso ancora il caso disgraziato. Unicamente la disobbedienza intenzionale o colposa dell'ordin giuridico, la quale procede da libera elezione, soggiace alla legge penale. Se uno vuol rendersi conto della punibilità di un fatto, non deve arrestarsi alla prima proposizione, ma fa d'uopo inoltre che cerchi se l' agente ebbe coscienza di operare ingiustamente. Si comprende agevolmente, che i sensi debbono esser meno turbati per conoscere chiaramente il

(9) Henke l. c. t. I. p. 824. e seg. nota 4. Cod. pen. di Baden §. 76.

(10) Feuerbach Biblioteca per la scienza del dir. pen. t. II. p. 234. e seg. Henke l. c. t. I. §. 57.

(11) Jagemann Instituz. d' inquisizione giudiciale t. II. p. 673. num. 223.

punto morale, ond' è governata l'azione, che per sapere semplicemente, che uno fa la sua volontà. Non sarà certamente facile, che un uomo sia tanto incollerito od avvinazzato (12), da lasciarsi trasportare a movenze e ad azioni, che manchino affatto di elezione, come quelle delle bestie (13): ma l' imputazione per altro non può esser mai piena, quando manca il requisito della chiara coscienza dell' ingiustizia. Imperocchè la legge fa saviamente una differenza fra quelli, che delinquono per baldanza, e quelli che delinquono per precipitazione (14).

In un altro delitto, grandemente affine a quello di lesione corporale, voglio dire nell' uccisione, l' affetto è così decisamente considerato per una specie meno punibile di volontà, che universalmente fu riconosciuto un titolo particolare di delitto nell' omicidio d' impeto (15). Nulladimeno si stabilisce un omicidio d' impeto con intenzione in quel medesimo modo, in cui questa si presuppone nell' omicidio premeditato: e la differenza sta soltanto nella premeditazione, che precede l' uccisione qualificata. Il contrapposto della premeditazione è appunto l' affetto, cioè la momentanea effervescenza, in cui si è formata la risoluzione di uccidere. Poichè l' omicidio a sangue freddo vuolsi considerare come il delitto, che più di tutti ripugna alla natura umana; sembra che la separazione di esso dall' omicidio d' impeto sia stata la conseguenza non tanto di una teorica, quanto del comun sentimento, in grazia del quale la uccisione più scelle-

(12) Friedreich Sistema di psicologia giudiciale, p. 505—534.

(13) Chi è arrivato a tal grado di ubriachezza da perdere tutti i sensi, ha perduto ancora la capacità di sviluppare qualunque forza. Egli è come attratto. Friedreich l. c. p. 533.

(14) È palese, che i primi sono più pericolosi dei secondi al comune.

(15) Köstlin, Dottrina dell'omicidio premeditato e precipitato. 1838.

rata ha ricevuto in Germania il nome spaventevole di *Mord*, e la meno grave, quello di *Todtschlag* (16). Una simile diversità di vocaboli, come quella, che si appoggia ad un fondamento morale, non è applicabile per analogia alla lesione corporale. Ma come l'uccisione d'impeto vien giudicata meno punibile di quella di proposito, così bisogna per giustizia far differenza tra la lesione corporale commessa nell'affetto, e quella premeditata.

L'antica scuola o non si accorse di ciò, o non riputò necessario di assegnare più precisi caratteri alla lesione corporale, delitto di second'ordine (17), e credè di aver fatto abbastanza col riconoscere il giusto affetto, come causa mitigante (18). Era riserbato alla nuova legislazione l'introdurre anche qui delle massime, che fossero corrispondenti al principio della giustizia (19). Ma questa legislazione non è ancora generale, e quindi non sarà superfluo uno sviluppo teorico della nuova dottrina.

La lesione corporale premeditata e non premeditata sono da considerarsi come due specie dello stesso delitto. La premeditata è un attacco all'umana salute risoluto ed eseguito con ponderata malvagità: la non premeditata è un attacco all'umana salute, risoluto ed eseguito nel momento dell'irritazione. La prima è più pericolosa, non tanto a motivo di più energica volontà, quanto perchè da un piano pensato più che da un assalto improvviso rimane assicurata la riuscita dell'opera.

(16) V. la C. C. C. art. 137. Marezoll Dir. crim. p. 288. Wilda storia del dir. pen. germanico t. I. p. 706—718.

(17) Quistorp e Tittmann non parlano che di volo del ferimento, o del delitto contro la salute, al quale anche Feuerbach, nella prima edizione de'suoi elementi, consecrò pochissime parole.

(18) Quistorp Principj di dir. pen. t. I. p. 502.

(19) Cod. pen. di Sassonia del 1838 §§. 132—138. di Würtlemberg del 1839. §§. 260—268. di Annover del 1840 §§. 241—246. di Brunswick del 1840 §§. 159—165. di Baden del 1845 §§. 225—238.

Che cosa si debba intendere sotto il vocabolo **premeditazione** (20), si trova spiegato abbastanza nei trattati intorno al delitto di omicidio: e benchè non manchi per avventura occasione di rettificar qualche cosa in questo proposito in grazia dei bisogni pratici, non è qui del nostro instituto il ragionarne. Avvertiremo solamente, che è assurdo il richiedere per la prova della premeditazione, che la risoluzione sia stata formata lungo tempo prima del fatto. Lo spazio fra la risoluzione e l'esecuzione può essere ancora sì breve, che i momenti quasi concorrano: basta solamente, che la risoluzione non fosse formata in un incontro inaspettato, nè in uno stato di eccitamento improvvisamente provocato. Ognorachè insorgano dubbj, e sembri difficile ritrovare i limiti della distinzione, il miglior partito è quello di costruire l' idea negativamente: e così quando il giudice è convinto, che l'azione non fu risoluta nell'impeto degli affetti, penserà, che non è possibile uno stato di mezzo, ed ammetterà senza esitare la premeditazione (21).

L'impeto degli affetti può essere certamente prodotto da interna disposizione, o da occasioni esterne. Contro la prima specie parla quel principio morale, che impone a ciascuno di combattere la degenerazione dei sentimenti in passioni (22), e di svellere le inclinazioni, che minaccierebbero di rovesciar dal suo trono la ragione. Da ciò per altro l' umana giustizia può solamente dedurre, che il fatto commesso in servigio della passione non merita di esser francato di qualunque responsabilità. Il non trovarvi una causa diminuente la pena sarebbe ini-

(20) *Propositum* in contrapposto ad *impetus* L. 11. §. 2. D. *de poenis*.

(21) Sotto questo capo viene anche il proposito indeterminato e generale. V. il cod. di Baden §§. 98. e 99.

(22) V. Eschenmauer, Filosofia morale §. 280.

quità; perchè sovente si verrebbe a pretendere l'impossibile, cioè una potenza assoluta sopra il turbamento morale. D' altra parte una passione, che avvampi senza esterna occasione, può avere la sua radice in una morbosa irritabilità (23), esempigrazia nello stato patologico del cuore, o del capo, o del fegato. Per lo che in simili casi fa d'uopo sempre esaminare, se l'impulso provenne da un tale stato, o solamente da grossolana brutalità, la quale simula frequentemente l'affetto, non ostante che operi in un impeto di ben altra natura, sostituendo consapevolmente la violenza alla ragione.

Il numero di gran lunga maggiore dei delitti d'impeto riceve per altro una spiegazione dalla disgraziata influenza degli altri uomini. Si conoscono le debolezze di una persona, ed in vece di risparmiarle si cerca di metterle al nudo. V'ha chi si diverte del corruccio del punzecchiato, e poi si sdegna delle sue risposte improvvise, onde nasce alla fine una mischia, del cui esito non è alcuno, che possa farsi mallevadore. L' esperienza insegna, che nelle lesioni corporali, eseguite senza premeditazione, l'offeso d'ordinario le ha provocate con la sua condotta anteriore o contemporanea al fatto: e, sebbene per questa egli non apparisca punibile (24), un sistema criminale, che faccia il debito conto dell' elemento subiettivo, dee nell' estimazion del delitto avere il conveniente riguardo ad una tal concatenazione di circostanze determinative.

(23) Friedreich (Sistema di psicologia giudiciale, 2.ª ediz. p. 579—588.) giunge persino ad affermare, che abbia una causa corporea in una congestione, in un'irritazione nervosa ec. Anche il filosofo Suabedissen nelle sue linee fondamentali della dottrina dell'uomo (§. 387.) riconosce lo stato di eccitazione per una malattia transitoria.

(24) Chi conosce le debolezze di un uomo, infelicemente le suole attaccare: e quanto più sono ridicole, tanto più trova eco nelle compagnie questo scherzo apparentemente insignificante.

Ciò sia detto particolarmente della lesione rissosa (25). Le prime cause di questa sono per lo più di un'indole così leggiera, che sembra spesso incomprensibile, come ne potessero derivare violenze di tanta gravità: ma i punti, che si schierano fra la prima origine della controversia e l'azione delittuosa, sono moltiplici, ed accrescono a poco a poco lo spirito di vendetta e di resistenza. Lo schiamazzo che si solleva, lo spignersi di qua e di là senza progetto, e l'urto scambievole dell'assalto e della difesa, dichiarano ancora il perchè alla fine i feriti sieno raramente quelli, che erano stati presi propriamente di mira. La rissa è una guerra in piccolo: si formano le parti: alcuni, che da principio volevano rimanerne lontani, vengono tirati dentro la mischia (26) da qualche impreveduto bistrattamento loro arrecato; dal pericolo, in cui scorgono i proprj amici; in una parola dal contagio del generale eccitamento, per cui diviene un puntiglio d'onore il discacciare tutti quanti gli avversarj dal campo di battaglia. Quindi per l'omicidio e per la lesione corporale in rissa i moderni codici hanno con buone ragioni adottato particolari disposizioni (27), che da un lato, cioè rispetto al *maximum* penale, sono più miti, e dall'altro lato, cioè rispetto alla partecipazione remota, sono più severe di quelle, ond'è minacciato l'incontro di solo con solo con simil successo.

Procede altrimenti la cosa, quando si tratta della causa mitigante del giusto affetto. Allora il legislatore presuppone, che l'offeso abbia occasionato col suo biasimevol contegno il sinistro, che gli è avvenuto, e che egli perciò, nè in nome proprio, nè in nome della civil

(25) Jarcke Instituz. di dir. crim. t. III. §. 46.

(26) Henke Instituz. di dir. crim. t. II. p. 89.

(27) Cod. crim. di Sassonia §. 136. di Würtemberg §. 266. di Annover §. 245. di Brunswick §. 163. di Baden §. 239.

società, possa pretendere quella sodisfazione, che gli sarebbe dovuta, se fosse stato attaccato senza alcuna ragione.

Allora bisogna decidere, chi fosse l' autore della contesa (28): il quale non è sempre facile a discoprirsi con sicurezza, ancorchè si abbiano testimoni del fatto. Imperocchè non basta raccogliere ciò, che di offensivo, o d' ingiurioso fu detto: ma bisogna ancora badare ai gesti, al tuono della voce, agli sguardi, a'volgimenti del corpo, ed insieme al contegno passivo. In somma tutto quello, che, secondo le costumanze generali, o locali, è riguardato come segno d'oltraggio (29), o di contumelia, si dee quivi considerare; onde si vede, che, per bene amministrare la giustizia penale, occorre una esatta cognizione delle idee del popolo nelle varie sue classi (30).

D' altra parte non si vuol credere, che qualunque eccitamento di parola, o di fatto, basti a far sì che taluno venga considerato autore della contesa; perocchè si danno degli uomini sensibili, che sovente si credono offesi, senza che siasi avuta la menoma intenzione di offenderli. Si trovano da per tutto persone, che da una semplice contradizione, ed anche dal rifiuto di assenso a certe loro idee favorite, rimangono talmente toccati, che credono sia loro dovuta una sodisfazione. Ma se nel valutare un'offesa fa di mestieri badare alla posizione individuale, occupata nel mondo dall'offensore e dall'offeso

(28) Il nuovo cod. pen. di Baden dice nel §. 233. « Se il leso « medesimo ha provocato l'affetto con gravi offese, od ingiurie, o « bistrattamenti di fatto, senza che l'agente gliene avesse data al- « cuna causa sufficiente, le pene minacciate nel precedente §. 232. « possono essere abbassate fino ad un terzo. »

(29) Non si può dunque esigere l'intiera essenza di fatto d'un ingiuria, ma il solo principio di essa. Heffter Elem. di dir. crim. §. 296.

(30) Abegg Elem. p. 396.

è poi impossibile il ponderare il temperamento e la natura individuale del secondo; tanto più che uno si dovrebbe senza indiscretezza aspettare, che l'uso della vita insegnasse a tutti ad adattarsi alle forme ed alle consuetudini sociali (31).

Sovente non si può determinare, quale dei due contendenti abbia dato la prima occasione alla contesa. Amendue si eccitano, e divengono appassionati ad un tempo, e con un rapido scambio di detti si scagliano parole parimente offensive. Quando in simili casi si parla di compensazione d'ingiurie (32), non si ragiona a dovere; perchè i delitti non si possono estinguere a forza di diffalchi presunti a guisa delle pretensioni civili. La sodisfazione, che si prese instantaneamente colui, che provocò un'offesa col suo contegno illegale, non è da giudicarsi giustificata: perchè la sodisfazione non era meno dovuta all'altra parte, ed egli perciò non avrebbe nemmeno potuto esigere, che il giudice procedesse.

Del resto l' antagonismo della controversia discolpa la commessa lesione corporale meno dell' antagonismo del combattimento. Il principio direttivo nel giudizio di queste relazioni si dee propriamente trovare nelle massime, che governano la necessaria difesa (33). O la lesione corporale sia stata effettuata per causa di bistrat-

(31) Il principio dell' eguaglianza davanti alla legge richiede, che ciascuno sia rispettato in quel circolo della vita, che occupa, ancorchè fondato sopra opinioni, oramai riconosciute per false. In questo senso il così detto onor civile particolare ha la sua base istorica. Marezoll Elem. di dir. crim. p. 348.

(32) L. 10. D. *De compens.* conf. con la L. 2. §. 4. L. 13. §. 5. D. *ad L. Jul. de adult.*

(33) Certamente non secondo l'antica idea troppo angusta, per cui la necessaria difesa poteva aver luogo nel solo caso d' un' aggressione pericolosa alla vita, ma secondo il concetto dei codici moderni. V. Zöpfl Archivio di dir. crim. anno 1843. p. 37. e 38.

tamento verbale, o reale; essa è sempre la ritorsione di un'ingiustizia, cioè di un attacco dell'onore, o della persona, e cade sempre sotto il punto di vista dell' eccesso di necessaria difesa, quando l' attacco fu di tale importanza, che una tutela di sè dovesse riputarsi indispensabile a mantenere la pubblica stima, o l' integrità della salute. Ma se poi il grado dell'attacco contro l'avvenuta riazione si presenta per modo, che un uomo assennato si sarebbe potuto appigliare ad altri mezzi, il carattere predominante del delitto è quello di lesione corporale (34), accompagnata bensì da circostanze mitiganti.

Che sia ragionevole, e non solamente richiesto dal principio della giustizia, ma ancora dalla politica criminale, che nel punire la lesione corporale si abbia riguardo alle discordie, ed alle vie di fatto, occasionate dall'altra parte, fu riconosciuto in ogni tempo: ma la pratica è oscillante intorno alla quantità di mitigazione, che debb'esser prodotta da questa causa (35). Prima di tutto si dee ricercare la pena, che merita di per sè la lesione corporale, di cui si tratta: e quindi farebbe d'uopo abbassare quella pena di un terzo (36), se l'offeso fu l'autore della contesa, o del combattimento, e di due terzi, se l' offeso comparisce autore sotto amendue i rispetti. Viceversa concorre una circostanza aggravante, se l' agente ha cercato insolentemente la briga, ed acceso la mischia (37).

(34) Un concorso di eccesso di necessaria difesa e di lesione corporale non si dee naturalmente ammettere in tali circostanze; perchè si domanda soltanto, quale di due delitti somiglianti somministri al fatto il carattere preponderante. Conf. Bauer Tratt. di dir. pen. t. II. p. 6—9.

(35) Henke Instit. di dir. crim. t. I. p. 548, e seg.

(36) Cod. pen. di Baden §§. 154. 233.

(37) Cod. pen. di Baden §. 151. num. 3.

Quando è sparsa una luce sufficiente sopra le occasioni e le cause della violenza, si passa a ricercare, qual successo si proponesse, o potesse prevedere l'incolpato: in altre parole, fino a quel segno gli si debba imputare a dolo, od a colpa il successo medesimo (38). In questo proposito si debbono distinguere diversi casi.

I. Un'intenzione direttamente rivolta alla lesione corporale si presenta di rado. Si è veramente autorizzati ad ammettere una tale intenzione, solamente quando s'incontra l'uso di armi da fuoco, di coltelli, o di altri arnesi taglienti o pungenti, o di stromenti pericolosi per causa del loro peso: ed anche allora può darsi, che sia mancata la chiara coscienza del male, che l'agente arrecava. All'incontro si presenta il più delle volte un'intenzione indeterminata di cagionare un male più o meno grave. L'agente vuol dare all'avversario un ricordo sensibile, ed è indifferente intorno al successo del medesimo. A questa classe appartengono le moltiplici lesioni corporali, prodotte per mezzo di pugni, o di stromenti ottusi, come sono i bastoni, e di piccoli coltelli da tasca. Si vuol solamente fare del male, ma si acconsente, con piena o semipiena coscienza, anche in un successo più grave.

(38) Qui non si può parlare d'imputazione *in generale*: ma vuolsi notare, che al pratico si presentano talora individui, che mostrano una così forte e quasi insuperabile propensione alle contese, e alle risse, la quale sembra potersi spiegare solamente in virtù di una predisposizione corporea, ancorchè (quando sieno sane le facoltà intellettuali) non si debba ammettere una soppressione assoluta di coscienza. Heinroth (Sistema di medicina psicologicoforense p. 215) dichiara un simile stato, osservando « che la potenza attiva, trapassando impetuosamente i limiti morali, e sciolta dal freno della ragione, prorompe in atti, che sono diretti in generale alla distruzione dell'individuo medesimo morbosamente affetto, o di altri individui, ed oggetti ». Un simile stato, quando sia psicologicamente e medicamente provato, dovrebbe certamente diminuire l'imputazione. (Friedreich, sistema di psicologia giudiciale, p. 335).

Questo consentimento per altro non si dee giammai facilmente supporre, per non mostrare troppo frequente inclinazione ad ammettere il dolo indeterminato. Quando ne manchi la prova piena, il fatto appartiene ad una categoria inferiore.

In teorica si dovrebbe ricercare ancora, se l'intenzione si diresse ad una lesione grave, o leggiera, e se la grave, che è stata prodotta, derivò inopinatamente dall'aver preso di mira una lesione leggiera. Ma sì fatta quistione non si può mai risolver bene in pratica; perchè, a tenore di quanto abbiam detto nella precedente dissertazione, è impossibile, che l'agente calculi precisamente il grado di perturbazione, che soffrirà da' suoi colpi la salute di un uomo. Quando sia molto verisimile, che l'assalitore volesse colpire una data parte dell'avversario, perchè la lesione non poteva su di essa produrre alcuna perniciosa conseguenza, e che questa abbia avuto luogo per un mero accidente; sì fatta circostanza varrà per attenuare la pena (39): ma si concederebbe un soverchio favore all'accusato, se non gli si volesse imputare il successo, che siccome colposo (40). Chiunque in fatti si propone di ledere l'integrità di una persona, può e dee sapere, facendo uso delle forze ordinarie della ragione, che la lesione giugnerà forse ad un grado più elevato di quello, che egli desidera per la propria sodisfazione.

II. Le lesioni corporali d'infimo grado comprendono quelle, che derivano da semplice *animus injuriandi* (41),

(39) Cod. pen. di Baden §. 234.

(40) Bisognerebbe allora ammettere con Bauer (l. c. t. I. p. 284—286) una colpa consapevole, non riconosciuta dalla legge, nè dalla pratica.

(41) Secondo il diritto romano non poteva in tal caso trattarsi che d'ingiurie, perchè ancora il danneggiamento della salute sotto forma offensiva dell'onore cadeva sotto questa idea. Heffter Elem.

Una forte guanciata può produrre una seria commozion cerebrale (42), ed anche la morte, per causa dello stravaso: e ciò non ostante il demerito dell'agente non si può stimare che leggiero. A rigor di teorica si dovrebbe affermare, che in tal caso si presenta soltanto una grave offesa dell'onore, in quanto che il successo del danneggiamento della salute poteva appena prevedersi come possibile. Ma la politica criminale dee fermare il principio, che a niuno è lecito mai di metter le mani addosso ad un uomo, e che ciascheduno è responsabile della lesione da lui prodotta, fosse intenzionale, o no; perocchè vuolsi per lo meno riputare, che tutti sappiano, quanto sia delicata l'umana organizzazione, e quanto spesso soggetta, come insegna l'uso della vita, a soffrire anche per tenuissima violenza. La pena bensì di un simile danneggiamento non sarà giusta, che quando sia misurata secondo i principj della colpa.

Subitochè una lesione di natura criminale è provata, sparisce in questo delitto la pratica importanza dell'ingiuria, e perchè si procede d'uffizio, e perchè si può castigare il fatto grave, avuto inoltre riguardo alla concorrente trasgression della legge (43). Si discenderebbe a soverchie sottigliezze, quando in ogni delitto si volesse indagare, se insieme con esso si debba punire il semplice oltraggio; perchè la privata sodisfazione può ragionevolmente considerarsi effettuata, mediante il castigo decretato

di dir. crim. §§. 281. 301.: ma il diritto germanico si formò ab antico nel modo accennato di sopra. V. Wilda storia del dir. pen. germ. t. I. p. 772—784.

(42) Henke Elem. di med. for. 8.ª ediz. §. 351. Meckel Elem. di med. for. §. 115. Dai colpi e dagli urti di mano risultano ancora gravi malattie di petto. Henke l. c. §. 389.

(43) Feuerbach Elem. di dir. pen. §. 292. Waechter Elem. di dir. pen. t. II. p. 184

nell'interesse della società (44). Rigorosamente parlando, ogni delitto commesso sotto la forma di violenza (45) contiene contemporaneamente un oltraggio, e specialmente quando con la nuova legislazione (46) si presume, in certe circostanze, l'intenzione di oltraggiare.

Se dunque da un'ingiuria reale risulta, contro il volere dell'offensore, un danneggiamento di salute; il fatto della lesione corporale si qualifica per colposo: e si qualifica per intenzionale, quando risulta, che l'offensore ha acconsentito, mentre commetteva l'attacco ingiurioso, anche in un successo più grave, ed ha quindi operato con dolo indeterminato.

III. Anche più spesso la lesione corporale colposa concorre col bistrattamento intenzionale. Nelle baruffe, che avvengono nelle strade, e nelle osterie, i singoli avversarj o le intiere parti si percuotono d'ordinario e s'urtano scambievolmente quasi con l'unica mira di vincer la lotta, o di respingersi a vicenda. Ancorchè vi possa entrar l'intenzione di arrecare un dolor fisico, essa non giugne allo spargimento del sangue, salvo il caso che vengano adoperati stromenti, i quali, com'è facile a prevedere, non possano produrre altro effetto (47). Nei casi particolarmente, in cui l'urto o l'atterramento ha prodotto un interno scompiglio, non è dato supporre, che questo fosse stato pigliato di mira; perchè niuno, che voglia pro-

(44) Cod. pen. di Baden §. 238.

(45) Abegg (Elem. di dir. pen. §. 185.) osserva, che in un basso stato di civiltà i delitti sono di violenza, e che la frode è propria di un tempo posteriore.

(46) Cod. pen. di Baden §. 295.

(47) Molto prudentemente alcune leggi moderne hanno dichiarato qualificate le lesioni commesse con armi, o con altri stromenti pericolosi. Cod. pen. di Württemberg art. 262. di Baden §. 232. num. 4. §. 242.

durre una lesione corporale, commetterà l'azione in maniera da non poterne scorgere l'immediato successo.

Le pene di polizia (48), che s'incorrono, sono sempre assorbite dalle pene criminali, decretate a cagione del medesimo fatto. Perciò del bistrattamento, subitochè ne derivò lesione corporale, non si fa parola nella sentenza, e solamente si cerca, se la lesione fu colposa, o voluta eventualmente, e perciò dolosa.

IV. Talora l'intenzione è diretta alla violenza, dalla quale nasce una lesione corporale. Se questa non partì da dolo neppure indeterminato, vuolsi imputare a colpa. Sarà per altro difficile dimostrare evidentemente nel caso speciale questa concorrenza di delitti; perocchè l'uso della violenza, con la mira di attuare la propria volontà contraria al diritto, sarà naturalmente congiunta, quasi senza eccezione, al disegno di ottenere l'intento con una energia, che proceda persino al danneggiamento corporale, quando specialmente si tratti di costringere una persona a far qualche cosa (49). In generale il *crimen vis*, titolo ausiliare di delitto (50), non può venire in considerazione, che quando non preponderi l'essenza di fatto di un altro delitto concorrente.

V. Rimane ancora la lesione corporale colposa, che si commette semplicemente come tale, cioè senza intenzione diretta a delitti d'altra specie. Essa si può immaginare, come effetto immediato, e come effetto mediato di una commissione, o di una omissione. L'uso impru-

(48) Jarcke Instit. di dir. pen. t. III. §. 50.

(49) Quando esempigrazia taluno vuol costringere un altro a fare una quitanza, una rinunzia, una testimonianza, la lesione corporale, che abbia luogo in simili casi, non si considera più come tale, ma come forma del delitto di estorsione. Cod. pen. di Baden §§. 442. 447.

(50) Martin E'em. di dir. crim. 2.ª ediz. §. 184.

dente di alcune materie, o di alcuni stromenti, certi movimenti incomposti della persona, o simile azioni (51), riescono spesso di pregiudizio ad altri, che abbiano la disgrazia di combinarvisi in connessione causale. Può nascere lo stesso successo, quando oggetti inanimati vengano pericolosamente situati, ed abbandonati per leggierezza al caso. Quello è il danneggiamento immediato, questo il mediato.

Anzi tutto bisogna qui esaminare, se a simili atti possa in generale attribuirsi, a tenore del diritto comune, il carattere di criminosi (52).

Sotto il punto di vista filosofico (53) si pensà concordemente, che delitti colposi a rigor di termine non si possono dare; perchè a constituire un'azione contraria alla legge penale si richiede essenzialmente una volontà, che si ribelli al comando o al divieto, e nel contegno trascurato manca la coscienza del pericolo, e quindi ancora la qualità punibile della volontà. Ma sotto il punto di vista sperimentale si è dovuto riconoscere, che in uno Stato incivilito certe azioni, per causa della loro comune nocevolezza, si debbono minacciare di pena (54) anche quando sieno commesse per grossolana inavvertenza, e senza intenzione. Nella qual categoria fa di mestieri collocare precipuamente i danneggiamenti del corpo e della vita, perchè l'integrità dell'umana esistenza è il più importante

(51) Esempigrazia l'andare attorno imprudentemente con armi da fuoco, il maneggiare imprudentemente veleni, o cavalli, il gettar cose gravi sulle vie frequentate, il non custodir buche aperte in tempo di notte ec. ec.

(52) Rosshirt Elem. di dir. crim. p. 448. num. 4. Henke Instit. di dir. crim. t. II. §. 407. e 408. Waechter Elem. di dir. pen. t. II. p. 484. Heffter Elem. di dir. crim. 2.ª ediz. §§. 282. 283.

(53) Hegel Filosofia del diritto 2.ª ediz. 1840 p. 158.

(54) Cod. pen. di Sassonia §. 32. di Württemberg §. 58. di Brunswick §. 29. di Annover §. 46. di Baden §. 102.

dei beni, che meritano la protezione dello Stato. Quindi i codici moderni, riconoscendo il principio dell'impunità delle azioni colpose in generale (55), nell'omicidio e nella lesione corporale hanno minacciato di pena criminale ancora il danneggiamento colposo, rilasciando bensì le offese leggiere alla potestà della polizia.

Dubitano molti criminalisti, se anche dalle fonti romane e germaniche si possa dedurre la penalità criminale della lesione corporale colposa. È cosa certa, che i danneggiamenti della salute, ognorachè non presentavano alcun tentativo di omicidio, per diritto romano spettavano all' *actio privata ex Lege Aquilia* (56), e che solamente due casi di loro commissione colposa si presentano, come eccezioni, fra i *crimina extraordinaria*, cioè il danneggiamento prodotto dal medico inconsiderato, e quello cagionato da un animale pericoloso mal custodito (57). Ma di qui non si può desumere una conchiusione sicura per l'odierno diritto comune. La consuetudine giudiciale dei Romani collocava tra'delitti privati una serie di reati, che oggidì hanno carattere pubblico (58). Basta solamente rammentare il furto e la frode. Non vi erano che i delitti capitali, che fossero oggetto di accusa pubblica. In parte dall'uso forense, in parte dai particolari statuti, il maggior numero dei delitti privati fu trasportato nella categoria de'pubblici, ed i primi furon colpiti da pena criminale, ancorchè si continuasse a perseguitarli a querela dell'offeso. Questo destino toccò segnatamente alle lesioni corporali: ed in molte constituzioni non si fece alcuna differenza fra danneggiamento doloso e non doloso. Se si

(55) Esempigrazia il cod. pen. di Brunswick §§. 161. 162. di Württemberg §§. 267. 268. di Baden §. 237.

(56) §. 14. Inst. *de lege Aquilia*. L. 1. §. 2. D. *de injuriis*.

(57) L. 38. §. 5. D. *de poenis*. L. 11. D. *de extraord. crim.*

(58) G e i b Storia del processo crim. rom. Lipsia 1842 p. 104.

considera pertanto, che la Carolina negli articoli 134, e 136 fa espressa menzione dei sopraddetti due casi di danneggiamento colposo della salute, uno immediato, e l'altro mediato; che le giudiciali osservanze d'ogni tempo dedussero di qui un'analogia giuridica (59) per tutti i casi, che per cagion d'imprudenza egualmente crassa producono il danneggiamento di un uomo; che in generale anche la politica criminale proclama, che un simil contegno si debba, a motivo del comune pericolo, ferire di pubblica censura; anche una teorica, che voglia governare una pratica razionale, non esiterà a comminare generalmente di pena il danneggiamento corporale colposo (60).

Ma quando ancora non si potesse riposare sul fondamento della consuetudine germanica, il diritto romano somministra un punto fermo almeno pe' casi di rilievo maggiore (61). Di più si è modernamente riconosciuto, che sotto l'idea dell'ingiuria non cadono solamente le azioni commesse con intenzione chiaramente espressa di offendere (62), ma ancora quelle, che ledono la personalità mediante un intraprendimento inconsiderato, che non fosse precisamente diretto a sì fatta lesione.

Da questo principio si dovrebbe oggidì far dipendere la dottrina della lesione corporale colposa (63). Imperocchè, se da un lato bisogna riconoscere la necessità di

(59) Waechter nell'archivio di. dir. crim. anno 1844. p. 429 e 435. Conf. la C. C. C. art. 146.

(60) Bauer Elem. di dir. pen. 2.ª ediz. §. 188. Marezoll Dir. crim. p. 319—324.

(61) V. sopra la nota 57.

(62) Heffter Elem. di dir. crim. §. 302. Henke Instituz. di dir. crim. t. II. p. 256.

(63) Il cod. pen. di Baden §. 101. definisce la colpa, come un'azione « da cui nasce senza intenzione una lesione del dritto, la « quale, secondo la generale esperienza, o la cognizione particolare, « si potea prevedere ed evitare, facendo uso dell'attenzione, o diligenza ordinaria ».

minacciare in genere una pena criminale a certe inavvertenze; rimane dall'altro a desiderare, che non vengan protratti i confini della medesima al di là di quel che richiede il riguardo del comune pericolo. Ora questo carattere si ritrova solamente in un contegno, che sia veramente temerario o spensierato. Nè basta, che il danneggiamento colposo potesse prevedersi come possibile: ma fa d'uopo ancora, che sia da considerarsi come verisimile, oppure come facilmente possibile. Se allora l'agente non operò con tutta circospezione, e produsse un sinistro successo, il ragionamento del giudice si compone delle seguenti proposizioni.

1) Date certe circostanze, in alcune azioni occorre prudenza, perchè da esse non derivi all'umana esistenza un pregiudizio, che secondo il consueto andamento delle cose proviene facilmente:

2) Tizio ha intrapreso spensieratamente una tale azione in quelle date circostanze, ed ha prodotto quel pregiudizio;

3) Dunque Tizio, benchè senza determinata intenzione, si è mostrato per altro pericoloso alla società con una volontà difettosa e inconsiderata, e dee perciò soffrire una pena proporzionata.

Le modalità, sotto le quali si presenta la lesione corporale punibile, sono così esaurite. Se non che lo sviluppo de'nuovi codici penali di Germania è per dare, siccome spero, un maggior perfezionamento a questa dottrina: il quale riuscirà tanto più benefico al comune, perchè i danneggiamenti della salute sono fra tutte le azioni violente le più pericolose alla quiete giuridica ed all'ordine pubblico (64).

---

(64) Pregevoli riflessioni in questo proposito si contengono nel sistema di giustizia preventiva di Mohl §§. 28. e 29. p. 289—303.

IX.

DELLA CONSUMAZIONE DEL FURTO, SECONDO IL DIRITTO COMUNE, E LE PIU' MODERNE LEGISLAZIONI PENALI GERMANICHE (DISSERTAZIONE DI *WAECHTER*, ESTRATTA DAL TOMO XXI. FASC. 2. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE, ANNO 1840.)

Intorno ai requisiti della consumazione del furto si professano, o si sono piuttosto professate opinioni molto diverse. La teorica della *contrectatio* non ha trovato più difensori da lungo tempo: e la teorica media fra quella dell'ablazione, e quella del prendimento, a tenor della quale si richiede un levamento dal luogo del furto, e dalla custodia del derubato, senza bisogno per altro che il ladro abbia posta in salvo la cosa, non è stata sostenuta, per quanto mi è noto, che da pochi scrittori, alla fine del secolo precedente, ed al principio di questo (1). I suoi difensori di maggiore autorità furono Erhard e Tittmann. Ma Klien confutò sì abilmente il primo, che la sua opinione, principalmente appoggiata al diritto germanico, non ha trovato più seguaci fra gli scrittori viventi. E Tittmann, che si volle sostenere col diritto romano, cadde in tanti errori contro i principj civili dell'acquisto e della perdita del possesso (2), che la sua opinione, almeno nel modo, in cui egli la presentò, sembra non essersi guadagnato alcun aderente. Così rimane

(1) V. Dollmann *La sottrazione* ec. 1834.
(2) V. I miei elem. t. II. p. 237.

adunque la sola teorica dell' ablazione, e quella del pigliamento di possesso, ossia del prendimento. La prima di queste teoriche, secondo la quale il furto s' intende consumato solamente allorchè il ladro ha levato la cosa dal luogo del furto, e se l'è portata in salvo, fu specialmente difesa dagli antichi criminalisti di Sassonia, Carpzov ed Hommel. Ma le ragioni, a cui l'appoggiarono (3), furono così deboli, e vennero confutate sì bene da altri scrittori sassonici (4), che quella opinione non ha più trovato, ch'io sappia, negli ultimi cinquant'anni chi la seguitasse. Se non che trapassò nella pratica del regno di Sassonia, dove per la consumazione del furto si richiese assolutamente, che il ladro avesse già portato la cosa nel luogo, in cui la volea prossimamente nascondere; si riguardò il furto manifesto come un semplice tentativo, contro le più decise autorità del diritto romano, e della Carolina, e senza particolar fondamento di leggi locali; e si giunse al punto di colpire con una pena mitissima un caso di furto, minacciato assai gravemente dal diritto comune. Questa pratica fu sì costante, che le più potenti ragioni teoriche non bastarono a smuoverla, e si conservò ancora dopo che una nuova legge ebbe fermato la teorica del pigliamento di possesso a riguardo del furto di legname (5); di modo che i tribunali di Sassonia applicarono due diversi principj alla consumazione d'uno stesso delitto, cioè il principio del prendimento nel furto di legname, ed il principio dell'ablazione negli altri furti. L'ultimo ha finalmente avuto termine con l'introduzione

(3) Ivi p. 286.

(4) *Jo. Lud. Guil.* Beck *de vera furti consummati notione.* Lips. 1809. p. 27—36. Klien Rivista dei principj relativi al delitto di furto, p. 261—267.

(5) Mandato del 27. Nov. 1822. §. 15. Weiske Leggi penali del regno di Sassonia, p. 351. e segg.

del codice penale, il quale nell' art. 225 stabilisce, che *il furto è consumato, subitochè il ladro si è pigliata la cosa* (6). La stessa disposizione s'incontra nell' art. 210 del codice penale di Baviera, dove si legge: *il furto è consumato, tostochè il ladro ha tolto la cosa dal suo posto, o altrimenti se l'è recata in proprio potere.* E l'art. 317 del codice di Würltemberg, in conformità della pratica, che era già seguitata in quel regno, determina, che *il furto è consumato, subito che il ladro ha levato la cosa dal suo posto, e l'ha recata in suo potere* (7).

La teorica del pigliamento di possesso è dunque divenuta nelle più autorevoli legislazioni moderne così dominante, come lo era già nel diritto comune: onde ormai non occorre stabilirla e difenderla più fermamente, perchè ciò è stato fatto abbastanza, e perchè si è rinunziato alle massime opposte, che furono già vittoriosamente confutate. Sembra adesso prezzo dell' opera il fermar piuttosto con esattezza le conseguenze della detta teorica, ed il mostrare, quali sieno a tenore di essa i requisiti della consumazione del furto. Il che pare che sia tanto più necessario, in quanto che alcuni de' nostri scrittori non si esprimono con la debita precisione in questo argumento, sul quale, anche recentissimamente, si sono affermate delle proposizioni, che non si possono assolutamente giustificare. Il che è segnatamente accaduto in due ingegnose

(6) Nei motivi di questo articolo si dice, che la teorica carpzoviana dell'ablazione, lungi dal trovarsi espressa nelle leggi, sta in contradizione con gli articoli 157 e 158 della Carolina, manca di ogni base razionale, ed appartiene a quelle massime, con le quali la consuetudine forense cercò di risparmiare la pena di morte.

(7) Il Governo dice ne' suoi motivi, che il timore manifestato, che le parole *recata in suo potere* potessero far credere, che l' agente dovesse aver portato in salvo la cosa tolta, è tanto meno ragionevole, in quanto che la pratica ha già rigettato una tale opinione. L' articolo fu approvato senza alcuna avvertenza.

memorie di Zirkler (8), che meritano di essere accuratamente considerate e confutate.

Nella teorica del pigliamento di possesso è riconosciuto, che per la consumazione del furto si richiede solamente, che il ladro abbia recato pienamente in suo potere la cosa, per appropriarsela, cioè in suo possesso nel senso stretto, ossia nel suo possesso giuridico, e per tal modo ne abbia tolto il possesso al derubato. In questa idea concordano intieramente i codici prenominati. Qui dunque tutto dipende assolutamente dai principj civili dell'acquisto e della perdita del possesso per via di pigliamento arbitrario. Anche i Romani applicarono questi principj a quel caso del loro *furtum ipsius rei*, nel quale una cosa altrui vien sottratta all'altrui detenzione (9). E siccome essi punivano il furto, come tale, solamente quando era consumato; così le massime, stabilite dalle fonti del diritto romano intorno alla consumazione di quel caso di furto, sono pienamente applicabili anche presso di noi per ritrovare i requisiti della consumazione del furto germanico.

Secondo i principj civili dell'acquisto e della perdita del possesso, il furto è consumato, tostoche il ladro, *mediante un'azione positiva, ha escluso la libera disposizione del possessore attuale sulla cosa, e l'ha pigliata, e ridotta in suo potere con l'intenzion di appropriarsela.* Imperocchè in questa guisa, a tenore dei noti principj, specialmente fermati dal Savigny sulla perdita e sull'acquisto del possesso, il possesso della cosa vien tolto a chi lo aveva avuto finora, e viene acquistato dal ladro. Da ciò si deducono i corollarj seguenti.

(8) V. il giornale mensuale di Sarvey per l'amministrazione della giustizia nel regno di Württemberg, t. III. p. 1—21. e p. 273—299.

(9) E del pari nel caso, non appartenente alla nostra quistione, nel quale vien truffata dal detentore una cosa altrui.

I. Alla consumazione del furto non basta, che il ladro si sia solamente posto in presenza della cosa, ch'e' vuol rubare. Imperocchè così egli non ha ridotto realmente la cosa in suo potere (10), nè l'ha sottratta in alcun modo al potere di chi vi ha diritto. Non è sufficiente neppure un semplice toccamento della cosa per parte del ladro. Sarebbe superfluo il dimostrarlo, perchè è confessato generalmente. Anche le semplici preparazioni al pigliamento della cosa, esempigrazia la rottura della cassa, onde il ladro vuol rubare, del pari che le preparazioni al levamento, quando il ladro non ha ancora pigliato la cosa, non sono sufficienti alla consumazione del furto. Quindi se un ladro penetra in una camera, rompe gli scrigni, che ivi si trovano, e distende un panno, per mettervi dentro il danaro, che non ha ancora pigliato, e così involarlo; postochè sia sorpreso in questo momento, non esiste furto consumato di quel danaro.

II. Il ladro deve aver pigliato realmente la cosa, ed averla così pienamente ridotta in suo potere. E siccome col pigliamento di una cosa mobile va sempre congiunto fino ad un certo grado un levamento della medesima, o un movimento dal suo luogo; così può dirsi egualmente bene, che per la consumazione del furto si richiede, che il ladro abbia levato la cosa dal suo posto. Quindi in sì fatta guisa si esprimono le nuove legislazioni citate di sopra, e le fonti del diritto romano parlano di *loco movere, tollere, amovere, auferre*, ec.

III. Ma anche il semplice pigliamento e levamento della cosa non basta. Il pigliante deve aver l'intenzione

(10) Non si dimentichi, che qui si parla dei soli spogliamenti arbitrarj di possesso. Ciò che dicon le fonti intorno all' acquisto del possesso in conseguenza di una *traditio*, non appartiene a questo capo.

di appropriarsi la cosa, che ha pigliato, e levarla per tale scopo. Con che si spiega la L. 22. §. 1. D. *de furtis.* « *Si eo consilio arca refracta sit, ut uniones puta tolleren-* « *tur, hique furti faciendi causa contrectati sint, eorum tan-* « *tummodo furtum factum videri; quod est verum. Nam* « *caeterae res, quae seponuntur, ut ad uniones perveniatur,* « *non furti faciendi causa contrectantur* ».

Per la stessa ragione il furto non è consumato, se taluno rompe un armadio ripieno di vesti, e nell'intenzione di rubarne alcune, che gli convengano meglio, le distacca tutte, e le getta sul pavimento, per farne la scelta, e vien sorpreso in questo momento. Imperocchè egli non aveva ancora avuto la decisa intenzione di ritenere alcuna di quelle vesti, e di niuna aveva perciò acquistato il possesso. Mancò sulle singole cose il necessario concorso dell'elemento subiettivo con l'obiettivo, e l'azione non fu che una preparazione a rubare. Nella medesima guisa vuolsi decidere il caso, riferito da Zirkler nelle citate memorie, nel quale s'immagina un ladro, che non avendo potuto trasportar lungi un pesante cofano, lo trascinò dal pian terreno di una casa in un prossimo giardino, ed ivi lo aperse, e ne trasse tutte quelle cose, onde si potea caricare. *Postochè egli non avesse che l'intenzione di trascinare quel continente nel giardino, per ivi appropriarsi solamente una parte del suo contenuto,* è chiaro, che non volle involare il cofano, nè le cose lasciate: rispetto alle quali non esiste perciò neppure un furto tentato, sebbene obiettivamente nulla manchi alla consumazion del delitto. Io bensì troverei molta difficoltà a desumere, come vuole Zirkler, dalla natura dell'atto, che il ladro non volesse rubare il cofano, e l'intiero suo contenuto, e che perciò, in difetto di prova ulteriore, si dovesse in questo rispetto assolvere. Imperocchè l'azione, qual si presenta, accusa decisamente il ladro di avere avuto l'intenzione di appro-

priarsi il cofano con tutto il suo contenuto, e di aver poi abbandonato le cose lasciate, perchè non gli andarono a genio, o perchè gli parve pericoloso l'andar più oltre con tutto il fardello.

IV. Se il ladro ha pigliato realmente la cosa con l'intenzion di appropriarsela, il furto è consumato. Imperocchè col ridurre la cosa mobile in suo potere, e col torre a colui, che finora la possedè, la possibilità di riprodurre ad arbitrio sulla medesima gli atti di quella potestà, che vi aveva per lo innanzi esercitata, il ladro ha acquistato il possesso, che il derubato ha perduto, e null'altro si richiede per la consumazione del furto. Che che avvenga in seguito della cosa involata, o il ladro sia sorpreso con essa, o muti poscia il proprio pensiero, e la getti via, ciò non influisce menomamente sulla quistione della consumazione del furto.

Questo è il principio, che stabiliscono le nostre moderne legislazioni germaniche in conformità col diritto comune. Sembra bensì dominare una qualche incertezza nell'applicazione di sì fatto principio ad alcuni casi, dei quali diremo qualche parola.

1) Se il ladro si trova nel luogo della commessa rubagione, il quale appartenga al derubato (sia la sua camera, la sua casa, od il suo giardino), ma pure ha levato nel detto modo e ridotto in suo potere la cosa; il furto è consumato, ancorchè il rubatore fosse ivi arrestato, od ivi gettasse via per timore gli oggetti, che aveva tolti. Questa proposizione non è oppugnata, per quanto io mi sappia, dagli aderenti alla teorica del pigliamento di possesso, ed è ammessa in generale ancora da Zirkler.

2) Che il ladro sia stato nell' idea di portar via la cosa, non è necessario, nel caso preaccennato, alla consumazione del furto. Egli in fatti ha, mediante il pigliamento della cosa, tolto al derubato il possesso, e lo ha

acquistato per sè: e qualunque altro atto, ch'ei faccia, non è di alcun rilievo pel furto già consumato. Quindi se il ladro s' è già intascato il danaro, o ha versato in un sacco, che si era portato seco, le cose, che vuol rubare; il furto è consumato, ancorchè il rubatore fosse arrestato nel momento con gli oggetti involati. E di ciò conviene anche Zirkler nelle citate memorie, almeno per gli esempj, che riferisce.

3) Or se il ladro nel luogo del furto ha affardellato le cose entro un sacco, che non aveva portato seco, ma che è proprio del derubato, non si dovrebbe per le stesse ragioni pensare, che il furto fosse consumato ancora in questo caso, come nel precedente? Inoltre se il ladro piglia, leva, e pone da parte alcune cose, con l'intenzione di ritenerle, e di portarle via in seguito, ma prima di ciò vuol pigliarne dell'altre per portarle via insieme; se per esempio da un armadio di vesti, del quale vuole involare tutto il contenuto, ne ha distaccate alcune, e lo ha abballate per torsele, e mentre vuol prender le altre, che si ritrovano in quel continente, è sorpreso; non avremo un furto consumato rispetto alle cose levate, e poste da parte? E non è lo stesso, se il ladro ha già legato insieme le cose, per portarle via poscia, ma le lascia stare, o perchè vien colto *in flagranti*, o per qualche altro motivo? Non si dovrà giudicare nel medesimo modo il caso, in cui il ladro abbia pigliato nella casa del derubato una cosa per involarla, e l'abbia nascosta in un angolo del quartiere, per torsela in più propizio momento?

È da credere, che chiunque ammette le superiori premesse debba ancora in tutti questi casi riconoscere un furto consumato. Ma ciò appunto vien negato da Zirkler nelle citate memorie. E l'opporsi alla sua opinione sembra essere di tanto maggiore importanza, in quanto

che negli Stati, in cui la teorica del pigliamento di possesso è stata introdotta di fresco, o sanzionata di nuovo, si dovrà formare una pratica determinata su di tali quistioni.

Nella prima delle dette memorie Zirkler dice così (p. 3. e seg.): « Il pigliamento della singola cosa è sufficiente, quando si ha l'idea d'involare solamente quella, « e di trasportarsela altrove: ma non è così, quando non « si fa che porre da parte la cosa entro il recinto del « derubato, senza intascarla, perchè si voglion prima « cercare altre cose, nell'intenzione di portarle via tutte « insieme.... Alla consumazione del furto non basta il « semplice affardellare, che cagiona al propietario sola« mente un disgusto, appena valutabile per una ingiuria, « ma niun pregiudizio, che si possa considerare come « disposizione de'suoi averi. Il ladro, che si ritrova an« cora nella casa, deve essersi di già caricato della cosa, « nell'intenzione di trasferirsela in altro luogo, per modo « che debba essergli ritolta, suo buon grado, o per for« za; o deve averla intascata, o messa in un sacco di « sua pertinenza, il quale, quando sia rimasto, si debba « almeno vuotare dal danneggiato, per riprendere il pos« sesso. Sarà da dire altrimenti, quando il ladro inco« minci tosto a sottrarre alla custodia del derubato le « singole cose pigliate, gettandole fuori della finestra, « per potersele più comodamente e sicuramente caricar « sulla strada di notte tempo, o portandole anche in un « luogo della casa derubata, del quale non abbia cogni« zione che il ladro. Quel getto arbitrario delle cose « rubate produce la consumazione del delitto anche per « un'altra ragione; perchè cioè, non essendovi detentore « assennato, che possa creder così di conservare la cosa « posseduta, il getto equivale ad una disposizione di averi, « alla quale è autorizzato il solo proprietario ».

Lo stesso scrittore si esprime nella seconda memoria (p. 278 e seg.) anche più chiaramente su di questa teorica, la quale, se fosse giusta, sarebbe di grande importanza per la consumazione pel furto. « Alla consumazione « del furto si richiede un atto di *trasportazione* dal luogo, « che sottopone la cosa alla custodia ed alla disposizione « del derubato, *verso il luogo*, in cui il ladro intende di « recarla, e che è sottoposto alla sua propria disposizione. « Questo trasporto non dee solamente esser possibile, « ma ancora cominciato per modo, che occorra solamente « di continuarlo per arrivare allo scopo finale del furto, « ad effetto che il delitto si possa considerar consumato. « Tittmann in questo proposito va ancora più oltre, « in quanto che egli ammette per necessario, che la cosa « sia stata portata fuor del recinto del derubato. Basta « per altro che il ladro, presupposta la sua ferma vo« lontà di portarsi via le cose, le abbia affardellate, se « ne sia caricato, o le abbia poste in un continente *di* « *sua pertinenza*; o sia poi stato sorpreso ed impedito di « estrarle dalla soglia, o, spaventato da qualche rumore, « sia stato determinato a gettarle, e a fuggire. Allora in « fatti la originale e caratteristica *contrectatio*, nel senso « del nostro diritto comune, appartiene alle cose fatte, e « non a quelle da farsi; perchè è stato già eseguito un' « *loco movere, cuius finis est rem eo perferre, quo destina*« *verat*: ed il portar quelle cose più oltre non fa che age« volare la prova dell'intenzione ».

Se si ricercan le basi di questa dottrina, la quale, per quanto almeno a me sembra, contiene una falsa dichiarazione ed applicazione della teorica del pigliamento, troviamo addotte, oltre le già riferite, anche le ragioni seguenti (11). « Il possesso delle cose, che si trovano nella

(11) l. c, p. 5. e seg.

« casa del derubato, nella così detta custodia e nel re-
« cinto di lui, non rimane alterato per mutazione in esse
« di luogo, ancorchè egli nol sappia: e quindi il deru-
« bato, che sopravviene in questo momento, ha solamente
« d' uopo di correre addosso alla persona del ladro, e
« non di riprender possesso delle proprie cose. Il furto
« in fatti non è ancora consumato, quando il ladro, per
« timore di essere discoperto, nasconde semplicemente le
« cose pigliate in un angolo della casa, con animo di ri-
« prenderle in più favorevol momento, quantunque possa
« dipender dal caso, che il detentore scorga le cose ri-
« mosse, prima che il ladro ritorni ad impadronirsene.
« Secondo l' assioma del possesso esclusivo non si può
« fare a meno di decider così; perchè è massima di di-
« ritto, che il precedente possesso del detentore perduri,
« fintantochè la cosa si trova ancora in sua casa, ne sap-
« pia egli, o ne ignori il luogo, come accade sovente
« negli oggetti smarriti, che non si sono adoperati da
« lungo tempo. Altrimenti bisognerebbe ammettere due
« possessori contemporanei della medesima cosa ». Poco
prima di questo passo l' autore dice ancora (12) « che
« l' affardellare e il legare insieme ciò che uno si pro-
« pone di rubare, è una *semplice preparazione* del furto,
« per la quale il ladro si pone in grado di recare la cosa,
« mossa dal suo luogo, in proprio potere, e di sottrarla
« alla disposizione del derubato. Il mettere in pronto le
« cose pigliate, mentre il ladro vuole involarne dell'altre,
« è una semplice preparazione ad impadronirsene: e sic-
« come l'obietto del furto non è qui constituito da cose
« singolari, ma da un complesso determinato, o inde-
« terminato di cose, dovrebbe considerarsi come una
« unità giuridica, o *quantitas continua*. Il sostenere,

(12) l. c. p. 3. e seg.

« che in un caso simile ogni singola cosa è rubata per
« via del semplice pigliamento, è dunque una *petitio prin-*
« *cipii;* perchè ciò non è vero, quando l' intenzione del
« ladro è diretta più oltre, e perchè l' obietto concreto
« del furto determina insieme la misura di tempo, onde
« riconosciamo, se l' atto delittuoso fu solamente inco-
« minciato, o già terminato ».

In tutto questo si scorge il vero singolarmente con-
fuso col falso. Anzi tutto noi noteremo le contradizioni,
che qui si trovano accumulate, con le quali Zirkler
ha propriamente distrutto la sua intiera argumentazione.

Se il ladro pone prima da parte alcune cose, pigliate
con l'intenzione di ritenerle, per rubarne dell'altre, tutto
ciò, che egli volle rubare, dee considerarsi come unità
giuridica, per modo che, se egli è sorpreso avanti di
aver terminato la disegnata rubagione, si presenta un
semplice tentativo; mentre, se si è intascata una parte
delle cose furtive, o se n' è caricato, il furto dee ripu-
tarsi consumato, ancorchè il ladro non avesse preso tutto
quello, che voleva involare: con che si vien qui a ri-
nunziare al pensiero della giuridica unità dell' insieme
delle cose, onde il ladro si propone d' impadronirsi. Di
più, mentre il semplice affardellare e legare insieme di
ciò, che si vuol rubare, si chiama una mera prepara-
zione del furto, con la quale il ladro si mette in punto
di recare in suo potere la cosa, e di sottrarla alla dispo-
sizione del derubato; in altri passi (per esempio a p.
6) si dichiara, che il furto si consuma col solo affar-
dellare, se l' involgia era stata portata dal ladro. Inol-
tre alla consumazione del furto non basta, che il ladro
abbia pigliato la cosa, e l' abbia nascosta in un angolo
del quartiere; mentre poi dee bastare, che egli se la sia
intascata, o l' abbia posta in una corba o in un carretto
di sua pertinenza, ancorchè venisse sorpreso sul fatto.

Nè questo è tutto. Il furto è solamente tentato, ed il possesso non è acquistato dal ladro, finchè questi possa essere discacciato senza la cosa rubata; mentre nel medesimo tempo si afferma, che il furto è consumato, subitochè la cosa sia posta dal ladro in una corba, o in un carretto di sua pertinenza; o subitochè egli spigne fuor della stalla la vacca altrui, benchè sia manifesto che anche in questi ultimi casi può venir discacciato senza le cose rubate. Zirkler in fatti non esige in alcun luogo, che il ladro si sia già posta la corba sulle spalle, o si sia attaccato al carretto per partire, o sia salito addosso alla vacca, spinta fuor della stalla. Oltracciò si dice a p. 281, che « un *loco movere* nel senso giuridico non è ancora « avvenuto, fintantochè il ladro non è all' ordine, ed in « atto di muoversi, e che non si verifica quando egli ha « tolto solamente alcune cose, e ne vuole involare del- « l' altre ». Ma prescindendo dal considerare, che nè le nostre fonti, nè la natura della cosa richiedono, che il ladro sia in atto di muoversi, Zirkler pure concede, che sia consumato il furto delle cose caricatesi, od intascate, sebbene il ladro volesse rubare qualche altro oggetto, e perciò non fosse ancora allestito. Di più Zirkler afferma (p. 28.) in proposito dei semoventi, che il furto esempigrazia non è consumato quando il ladro ha sciolto la vacca nella stalla, tuttochè siasi così messo in grado di partire con quell'animale: ma solamente allorchè lo spigne fuori della stalla medesima. Eppure in amendue i casi il ladro è parimente pronto, ed in procinto di muoversi, ed ancora Zirkler ammette, che il furto è consumato, tostochè il ladro è in atto di partire con la cosa pigliata. — Ma indipendentemente da queste contradizioni, le ragioni di Zirkler si possono ad ogni modo confutare.

Zirkler concede (p. 10. 281. e seg.), che nella

presente quistione tutto dipende dal vedere, se il ladro, a tenore dei principj civili, abbia acquistato il possesso della cosa, e il derubato lo abbia intieramente perduto. Concede ancora, che, quando il ladro s'è intascata la cosa, o l'ha posta in un abito, in un canestro, o in un carretto di sua pertinenza, esiste il detto reqnisito, ed il furto è perciò consumato. All'opposto sostiene, che non si presenta un furto consumato, ma un semplice tentativo, quando il ladro ha solamento pigliato ed affardellato la cosa nel luogo del delitto, con l'intenzione di appropriarsela e di portarla via, o fintantochè l'ha posta da parte ad effetto di rubare dell'altre cose, o l'ha messa dentro un canestro od un sacco appartenente al derubato, e l'ha così apparecchiata per recarsela altrove.

L'affermare, che la consumazione del furto dipenda dall'esser del ladro, o del derubato, il sacco, o il canestro, in cui fu posta la cosa, è proposizione, che non abbisognerà di una seria confutazione. Per trovar giusta sì fatta differenza, farebbe d'uopo asserire, che la corba del derubato, la quale si trova nelle mani del ladro, rappresenti il proprio padrone, e continui in suo nome il possesso delle cose in essa collocate! Io dunque mi occuperò solamente delle due capitali ragioni, che servono di fondamento a tutta quanta l'argumentazione di Zirkler.

Una delle medesime è questa. Quando il ladro vuol rubare una *serie di cose* (esempigrazia il contenuto di tutto un armadio), ne piglia alcune, e le mette da parte, per rubarne dell'altre, esiste un semplice tentativo, perchè in tal caso l'*intiero complesso delle cose, che il ladro voleva rubare*, forma l'obietto del furto, e dee riputarsi come *unità giuridica*. Qui si stabilisce un caso affatto nuovo di *universitas juris*; del quale l'autore non ha offerto neppure un fumo di prova. E le nostre fonti dimostrano, che i romani giuristi non pensarono, nemmeno

per sogno, ad una tale *universitas.* Nella mente di essi non cadde giammai neppure il dubbio, che, quando un ladro voleva rubar molte cose, e veniva disturbato dopo che ne avea ridotte in suo potere solamente alcune, non si presentasse a riguardo di queste un furto consumato. Eglino viceversa disputarono, se fosse debitore di furto consumato del totale il ladro, che s'impadroniva solamente di una parte di un ammasso di cose: ed i più antichi lo affermarono, mentre i posteriori si dichiararono a buona ragione contro questo principio (13). Ma dato ancora, che tutte le cose, a cui tende il piano del ladro, formassero una *universitas*, o che il suo disegno si dovesse considerare per un insieme giuridico, qual favore da ciò deriverebbe alle affermazioni di Zirkler? Non si può forse consumare un furto sopra una parte di una *universitas?* Ed un delitto non può essere intieramente consumato, ancorchè il piano del delinquente non sia stato recato compiutamente ad effetto? Niuno, per quanto io mi sappia, ha negato l'uno o l'altro: e mi par molto difficile, che voglia negarlo Zirkler. Egli anzi lo ammette espressamente, quando il ladro si è già intascate alcune delle varie cose, che vuol rubare, e lo ammetterà ancora maggiormente quando il ladro è discacciato, e fugge con una parte dell'intiero, che voleva rubare. E se egli concede questo, è impossibile supporre, che qui si tratti di una *universitas rerum*, per cui col semplice metter da parte o legare insieme alcune delle suddette cose il furto non sia consumato.

So bene, che il nostro autore cerca di stabilire la base della sua affermazione anche su di un altro punto. Egli sostiene, che il ladro non ha ridotte in proprio possesso le cose, che pose da parte, o collocò dentro il sacco,

(13) L. 21, pr. §. 5. 6. D. *de furtis.*

o il canestro del derubato; che questa è meramente una preparazione dell'acquisto di possesso, il quale per altro non è stato in simili casi acquistato dal ladro, nè perduto dal derubato. « Imperocchè per l'acquisto del possesso, oltre la potenza e l'intenzione, si richiede ancora « l'elemento spirituale della tranquilla coscienza dell'impero esclusivo sopra la cosa, alla qual coscienza va « sempre congiunto il carattere di una permanenza terrena, per via di volontaria riproduzione (14): e nemmeno colui, che ha finora posseduto la cosa, ne ha perduto nei detti casi il possesso ».

Ma nè i principj sopra la perdita, nè quelli sopra l'acquisto del possesso favoriscono la teorica di Zirkler. All'acquisto del possesso appartiene senza contrasto fra le altre cose anche la coscienza d'un impero fisico illimitato sopra l'oggetto (15). Ma una tal coscienza non può esistere, nei casi figurati da noi, ancora nel ladro? Anzi non esiste di fatto? Forse qualcuno dei nostri moderni civilisti sosterrà, che manchi al ladro quell'impero sulla cosa, che è necessario al possesso, e quella coscienza di sì fatto impero, che si richiede a questo effetto, quando il ladro medesimo ha realmente pigliato le cose, e le ha poste da parte, ma prima di esser pronto col resto le accomoda acconciamente, o le lega insieme in un involto? Non si può per avventura citare alcun passo delle nostre fonti, che accenni altrimenti. Di più la natura della cosa non permette, che se ne muova controversia. Quando uno ha pigliato una cosa mobile, e la tiene in mano, l'ha certamente nel suo impero esclusivo ed in suo potere, e non è privo della coscienza di questo impero. Niuno lo vorrà negare, e nemmeno Zirkler lo rivocherà

(14) Zirkler l. c. p. 285.
(15) Savigny Dottrina del possesso. §. 18. sesta ediz p. 269.

in dubbio. Ma concesso una volta questo, bisogna, per esser conseguenti, concedere anche tutto il resto. Col pigliare la cosa, e col tenerla in propria mano, si è già acquistato il possesso della medesima. Ciò che avviene dipoi non può avere effetto retroattivo, nè fare, che non sia avvenuto l'acquisto avvenuto. Se taluno ha in mano nella detta guisa la cosa, e piglia un sacco, che si trova nel luogo, e ve la mette dentro con altre, per portarle via dopo, o se la pone allato, per involarla tra poco insieme con altre; è chiaro che l'impero acquistato persevera (16). Il Savigny stabilisce a ragione, che la possibilità di operare ad arbitrio sopra la cosa per parte di colui, che vuole acquistare il possesso, dee potersi riguardare come immediata e presente: ma questo requisito si presenta pienissimo nel nostro caso. Il ladro per vero dire non ha alcuna guarentigia della durevolezza di quella possibilità, e con la sua coscienza non andrà congiunto il carattere di una permanenza terrena per via di volontaria riproduzione. Ma niuna legge richiede ciò per l'acquisto del possesso. Se le leggi esigessero qualche cosa di simile, gli acquisti di possesso sarebbero rari, e le fonti cadrebbero in grossolane contradizioni; perocchè nella maggior parte dei casi, che le fonti adducono, come esempj d'acquisto di possesso, sì fatto carattere non si trova. Anche nelle fattispecie riferite da Zirkler ad esempj di furto consumato, e perciò di acquisto perfezionato di possesso (come quando il ladro si è caricata la cosa, o l'ha posta nel suo canestro, o carretto) il ladro non possiede una tranquilla coscienza del suo impero sopra la cosa, e molto meno a quella coscienza va congiunto il

(16) L'opinione di Zirkler sarebbe giusta, se si potesse affermare, che il ladro col mettere la cosa pigliata in un sacco del derubato, o col porla provvisoriamente da parte, ne perdesse di nuovo il possesso!

carattere di una terrena permanenza per via di volontaria riproduzione.

A porre in sodo quanto abbiam detto, si potrebbe ricorrere ad una serie di passi delle nostre fonti, e segnatamente a quelli, che parlano del furto manifesto. Ma qui basterà contemplare la L. 21. pr. D. *de furtis.* «..... *Si quis armarium, quod tollere non poterat, aperuerit, et omnes res, quae in eo erant, contrectaverit, atque ita discesserit, deinde reversus unam ex his abstulerit, et antequam se reciperet, quo destinaverat, deprehensus fuerit; eiusdem rei et manifestus, et nec manifestus fur erit* ». Questo passo non bisogna certamente parafrasarlo, come ha fatto Zirkler (p. 287), il quale crede, che abbia un senso oscuro, e che si debba interpretare così: « Chiun« que ha vuotato un armadio, ed intimorito dal rumore « ha lasciato in abbandono le cose, che aveva prese per « portarsele via, come si dovrà specialmente presumere, « quando vengono poi ritrovate sulla direzione della por« ta di casa, ha già commesso un *furtum nec manifestum.* « Ma se riavutosi da quel timore torna indietro con co« raggio, e viene effettivamente sorpreso, mentre ha avuto « il tempo di pigliare una sola di quelle cose, gli si « potrà imputare a riguardo della medesima un *furtum* « *manifestum* : e l'intenzione esternata di volersi impadro« nire di tutte, non lo renderà *fur manifestus* del totale, « perchè in generale non è immaginabile un furto senza « *contrectatio* » (17).

Ulpiano non accenna, nemmeno remotamente, le circostanze interpretate da Zirkler nella prima parte del passo, dall'insieme del quale non si può desumere,

(17) Zirkler, per sostenere questa parafrasi, ricorre a Nerius *Analect.* I. 16. Otto *Thesaur* t. II. p. 347. Ma quello scrittore dà una semplice e giusta interpretazione del passo, che non è quella di Zirkler.

che il romano giureconsulto le immaginasse. Qui si dice semplicemente, che quando taluno apre un armadio, e *contrectat* tutte le cose, che vi si trovano (cioè le prende *animo furandi*, o, se piace più, le rimuove dal posto — Conf. L. 3. §. 18. D. *de acq. vel. om. possess.*), ma nel luogo del furto (e così nel recinto del derubato) le pone da parte, e le lascia stare, e si ritira; ha commesso sulla totalità delle medesime un *furtum nec manifestum* (18). — Ulpiano qui non esige, che il ladro si carichi le cose, nè che le occulti in un sacco di sua pertinenza, nè che le porti via, nè, come pensa Zirkler, che fosse in procinto di partire con esse: esige solamente, che *contrectaverit atque ita* (cioè dopo la *contrectatio*, ma senza le cose) *discesserit*. — Se poi, prosegue Ulpiano, il ladro ritorna nel luogo del furto, e porta via una di quelle cose, ma vien sorpreso prima di averla recata dove avea destinato; ha commesso ad un tempo su di questa cosa un *furtum manifestum*, perchè fu colto con essa, ed un *furtum nec manifestum*, perchè l'avea già rubata insieme con le altre nella prima *contrectatio*, senza che in questa venisse sorpreso (19). Anche Klien (20) dà presso a poco la medesima spiegazione. « Se il ladro vuota un « armadio, e tutte le cose, che ivi si ritrovano, pone ad « una ad una da parte, per toglierle in avvenire, e poi « ritorna ed invola una delle medesime, ma prima di

(18) Che questa fosse l' idea d' Ulpiano, risulta incontrastabilmente dalle parole finali del passo.

(19) È indifferente, che le *res contrectatae* la prima volta fossero in tanta quantità, che il ladro non le potesse portar via tutte in un solo momento. Il passo ha ragione di non distinguere il caso, in cui solamente ogni singola cosa fosse tale, che il ladro la potesse *tollere* e *loco movere*. La sua intenzione può ancora essere stata di portarle via a poco a poco.

(20) Revisione ec. p. 254.

« arrivare al suo ricovero è arrestato; è deciso, che per « questa cosa egli si considera nello stesso tempo come « *fur manifestus*, e come *fur nec manifestus*. Dal che se- « guita palesemente, che il furto era già consumato, « quando il ladro ebbe poste da parte le cose per tor- « nare a prenderle, e se ne andò a casa senza averle « pigliate ».

Da questo passo risulta, che il ladro acquistò il possesso della cosa, tostochè la pigliò con intenzione furtiva, ancorchè la ponesse da parte nel luogo del furto, nè fosse in procinto di partire (21), o per qualche motivo la lasciasse del tutto stare: e si deduce perciò nel modo il più chiaro, che le nostre leggi non richiedono per l'acquisto del possesso il carattere di una permanenza terrena della coscienza dell'impero nel senso di Zirkler.

Ma fintantochè (dice Zirkler a p. 5, e a p. 282 e seg.) la cosa pigliata dal ladro rimane nella casa, o nel giardino del derubato, questi continua corporalmente a possederla per mezzo del suo impero domestico; onde nei casi citati il ladro non ha potuto divenir possessore della cosa, perchè la possiede il derubato, e due persone non possono possedere ad un tempo la medesima cosa.

Questa argumentazione, come già quella di Tittmann, sembra dipendere dal non aver bene inteso i principj del nostro diritto civile intorno alla durata del pos-

(21) Quando Zirkler ricorre a certi testi, come alla L. 57. D. *de furtis* (*Si cretae fodiendae causa specum quis fecisset, et cretam abstulisset, fur est, non quia fodisset, sed quia abstulisset*) gli si possono opporre due osservazioni. Primieramente, secondo le affermazioni del nostro contradittore, proverebbero troppo, e perciò non provano nulla. Nemmeno egli in fatti asserisce, che per la consumazione del furto sia necessario, che il ladro abbia portato via la cosa. In secondo luogo il diritto romano parla ancora di un furto consumato *earum rerum, quas quis non abstulit*. L. 21. §. 10. D. *de furtis*.

sesso. Il possesso delle cose, che sono nella casa del possessore, non rimane certamente alterato solamente perchè vengano mutate di posizione, anche senza saputa di lui: come quando il servitore, per ripulire la camera, pone la cosa in un altro luogo. Nè il possessore perde il possesso delle cose, benchè le abbia smarrite in sua casa per modo, che non le possa ritrovare. Ma questi principj riconosciuti che valgono contro le nostre asserzioni, o a pro di quelle di Zirkler? Questo scrittore sembra aver dimenticato, che i detti principj sono applicabili, solamente quando per parte di una terza persona non è intervenuto nulla di contrario, e che i passi relativi vogliono semplicemente significare, come il possesso vada perduto senza l'opposta influenza di un altro, od anche si conservi in un certo caso, in cui sì fatta influenza non esiste, ad onta di altre ragioni, che stanno in apparente contrasto (22). Ma le nostre fonti non dicono menomamente, che, se taluno ha pigliato *animo furandi* nella casa del possessore le cose di lui, il possesso del derubato rimanga intatto, e continui per mezzo dell'impero domestico. In questo proposito basterà rinviare i lettori alla dichiarazione del Savigny (23), riconosciuta come autorevole ancóra da Zirkler: e per soprappiù si potrebbe addurre la già riferita L. 21. pr. D. *de furtis*, la quale ammette affatto generalmente un furto consumato sopra le cose, che *quis contrectaverit, atque ita*, cioè lasciandole sul luogo, *discesserit*.

Zirkler sembra credere (p. 9. 10.), che la sua teorica, la quale abbiamo cercato di confutare, sia professata ancora da Mittermaier nelle note agli elementi

(22) L. 3. §. 13. L. 44. conf. con la L. 25. pr. D. *de acquir. vel om. possess.*

(23) l. c. §. 31. p. 396. e seg.

di Feuerbach; che si può considerare oggidì come riconosciuta; e che nel regno di Württemberg ha seguitato, salvi pochi deviamenti, a regnar nella pratica. Che la pratica di Württemberg sia conforme a questa teorica, io ne potrei grandemente dubitare: e sembra che simili dubbj sieno venuti più tardi anche a Zirkler (24). Per quanto in fatti possa essere avvenuto, che alcuni tribunali abbiano tenuto dietro all'antico principio, da ciò non sarebbe dato desumere alcuna buona ragione a pro del nostro avversario. È poi decisamente falso, che la teorica, difesa da lui, sia generalmente riconosciuta oggidì. Io mi permetto di rinviare i lettori a Klien, che nelle memorie di Zirkler fu onninamente dimenticato, e le cui dimostrazioni non furono, per quanto è a mia notizia, combattute da alcuno scrittore. Finalmente si potrebbe assai dubitare, che della stessa opinione di Zirkler sia Mittermaier, sebbene questo criminalista non si esprimesse per avventura con tutta l'esattezza nel luogo contemplato (25).

4) A tenore degli esposti principj si decide ancora un altro caso, che si presenta non di rado, del quale trattano espressamente le nostre fonti, e che da Zirkler

(24) V. la seconda delle citate memorie a p. 273, dove dice l'autore, che la contraria opinione è difesa *da molti dei nostri pratici*, e che il numero dei dissenzienti è maggiore di quel che egli avrebbe creduto.

(25) Mittermaier nelle sue note agli elem. di Feuerbach §. 347. dice in fatti così: « Per certo è solamente giusta » quella opinione, che riconosce consumato il furto, quando il la- » dro *rimuove* la cosa dal luogo, dove il derubato la custodiva, e » l'ha presa in modo, che è sottoposta alla disposizione del ladro, » e sottratta a quella del derubato ». Questa espressione non è forse esattissima: ma dai passi delle fonti, e dalle autorità, che Mittermaier cita, risulta chiaramente, che egli pure null'altro esige per la consumazione del furto, che il pigliamento di possesso per parte del ladro.

è stato esaminato in un modo non conciliabile con le regole generali, nè con le risoluzioni particolari del testo. Il caso parla di colui, che volendo rubare l'erba di un prato, o i frutti d'un campo, ha già segato una parte della prima, o tagliato i secondi, ha posto da parte sul campo medesimo quella o questi, per portarli via, e da una sorpresa inaspettata, o da qualche altro motivo, è poi determinato ad abbandonare ciò che aveva messo da parte. Rispetto a ciò, che era stato posto da parte, per portarlo via, si tratta qui di un furto compiuto, o solamente tentanto?. Z i r k l e r afferma il secondo. Egli pensa (26), che « un chiaro passo delle nostre fonti presupponga, « per potere intentare l'*actio furti*, che non solamente « sieno state mietute le biade al proprietario; ma che « questi fosse ancora sul punto di raccoglierle: che il sem- « plice mietere, come guasto della raccolta, abbia per « sola conseguenza l'*actio legis Aquiliae*, quando le biade « non eran mature, o quando il proprietario abbia sof- « ferto qualche altro danno ». Egli se ne appella principalmente alla L. 27. §. 25. 26. D. *ad L. Aquil.*, osservando, « che se pel furto bastasse, oltre l'intenzione furtiva, qua- « lunque usurpazione di cosa altrui, appena saprebbe im- « maginare un caso, che designasse questo delitto meglio « dell'atterramento del legname destinato al taglio, senza « che ne provenga al proprietario alcuna ingiuria; che « quindi appena sarebbe stato necessario far menzione « dell'*actio arborum furtim caesarum* accanto all'*actio furti*, « giacchè con la prima non si giugne a conseguire nulla « di più. Il motivo, per cui venne menzionata, si fu, che « quando l'agente non era andato più oltre, ed il taglio « era stato fatto occultamente, e senza saputa del padro- « ne, si poteva proporre solamente l'*actio arborum fur-*

(26) l. c. p. 14.

« *tim caesarum*, benchè l'intenzione fosse stata di ruba-
« re ». E qui si cita la L. 8. §. 2. D. *Arbor. furt. caes.*

Questo sviluppo contiene delle presupposizioni, che mancano veramente di base, ed una interpretazione delle fonti citate, che non si può giustificare. L'*actio arborum furtim caesarum* servì certamente di compimento al sistema relativo al *furtum*. Se taluno aveva tagliato alberi, e non si dimostrava il suo *animus furandi*, poteva almeno esser chiamato in giudizio con quell'azione: se aveva troncato gli alberi con l'*animus furandi*, ma non si era per anco impadronito di essi, non si poteva nemmeno allora proporre un' *actio furti*, perchè il *furtum* era semplicemente tentato. Anche in questo caso adunque l'*actio arborum furtim caesarum* serve di compimento. Si potrebbe dubitare per altro, se questo scopo, come sembra credere Zirkler, facesse nascere la detta azione: ma sì fatta quistione non è di alcun momento per la nostra ricerca. Sembra bensì, che i passi, citati da Zirkler, non sieno stati intesi bene da lui. Essi in fatti dicono semplicemente così. Se taluno mi mieto le mie biade pienamente mature, o mi atterra l'albero, che era destinato al taglio, ma intende di lasciare stare le dette cose, io non posso proporre l'*actio ex lege Aquilia*, perchè non ho sofferto alcun danno, e mi sono state anzi risparmiate le spese della mietitura e della tagliata. Ma se egli mietè e tagliò, e poi si prende le cose mietute e tagliate, e le riduce in suo potere con l'intenzione di ritenerle, in tal caso ha commesso un *furtum*. Ciò concorda pienamente coi principj, che ho esposti di sopra; perocchè vien riconosciuto così, che, quando l'agente ha ridotto in suo potere la cosa, con l'intenzione di ritenersela, il furto è consumato.

Nè di questo risultato si potrà dubitare, se prendiamo a considerare attentamente i testi citati. La L. 27. §. 25. D. *de L. Aquil.* dice: « *Si olivam immaturam decerpserit,*

vel segetem desecuerit i m m a t u r a m, *vel vineas crudas, Aquilia tenebitur; quodsi* j a m m a t u r a s, *cessat Aquilia; nulla enim injuria est, quum tibi etiam impensas donaverit, quae in collectionem huiusmodi fructuum impenduntur. Sed si* c o l l e c t a h a e c i n t e r c e p e r i t, *furti tenetur: Octavenus in uvis adjicit, nisi (inquit) in terram uvas projecit, ut effunderentur* ». Qui tutto dipende dal determinare, come si debba intendere il verbo *intercipere.* Z i r k l e r sembra credere, che significhi portar via, e così involare la cosa al proprietario. Ma, come prova il §. 6. Inst. *de oblig. quae ex del. nasc.*, e come hanno mostrato S c h r a d e r (27), ed altri, *intercipere* vuol dire *quod alienum est sibi habere,* cioè appropriarsi l'altrui: e così il luogo dice, che, quando l'agente raccoglie le biade mietute, e se le appropria (*si collecta haec interceperit*), ha commesso un furto. S'intende poi, ch'ei le abbia raccolte, e se le sia appropriate, subitochè le ha pigliate dopo averle mietute, o le ha ammucchiate per portarle via, o le ha legate in covoni per involarle.

Lo stesso dice il §. 26, della medesima legge: « *Idem et in silva caedua scribit, ut si immatura, Aquilia teneatur; quod si matura interceperit,* f u r t i t e n e r i e u m, *et arborum furtim caesarum* ». Io non intendo, come qui Z i r k l e r possa dire, che il motivo, per cui è fatta menzione anche dell' *actio arborum furtim caesarum,* non fosse che questo: che cioè, quando l'agente non fece altro che atterrare, abbia luogo soltanto quest'ultima *actio,* ancorchè egli avesse atterrato con intenzion di rubare. Il passo in fatti parla certamente di un caso, in cui non ha luogo solamente l'ultima *actio,* ma in cui si possono intentare due azioni — *furti teneri eum; et arborum furtim caesarum.* —

(27) Nella sua edizione delle Instituzioni §. 585.

Il miglior comento di questo passo è contenuto nella L. 8. §. 1. 2. D. *Arborum furtim caesarum.* Il §. 1 dice: « *Furtim arborem caedit, qui clam caedit* ». Nel semplice tagliare non si trova dunque alcun furto. Ma che richiede di più il passo successivo, affinchè l'atto divenga un furto? Il §. 2. dice: « *Igitur si caeciderit, et lucri faciendi causa contrectaverit, etiam furti tenebitur lignorum causa* ». Pel furto dunque si esige, che la cosa tagliata *contrectetur lucri faciendi causa*, e così, come fu mostrato di sopra, che l' agente l' abbia pigliata, levata del luogo, ed in tal modo ridotta in sua potestà (28). In conferma della nostra opinione dice lo stesso nella sua parte finale la L. 21. pr. D. *de furtis*: « *Sed et qui segetem luce secat et contrectat, eius quod secat, manifestus et nec manifestus fur est* ». Il qual passo, avuto riguardo a ciò che immediatamente precede, è molto bene interpretato da Klien in questo modo: Chiunque miete grano altrui in guisa furtiva, e se lo porta a casa a poco a poco, postochè sia sorpreso in uno di questi trasporti della messe già segata, prima che fosse arrivato dove si era proposto, vuolsi considerare, per via di questo trasporto, come *fur manifestus et nec manifestus.*

Da questa decisione testuale risulta pertanto, che rispetto a ciò, che il ladro ha mietato, e messo da parte, per portarlo via a poco a poco, egli ha già commesso un furto consumato.

5) Se taluno con intenzione furtiva pone le mani su di una cosa, che egli non ha forza di portar via, non può consumare sulla medesima un furto. Essa in fatti equivale per lui ad un immobile. Egli può allora consumare un furto solamente su ciò, che ne separa, o ne

(28) Intorno al verbo *contrectare* o *contractare* conf. Schrader l. c.

stacca, o su ciò, che ne cava, se essa era un continente: ed in questo caso il delitto è compiuto, appena il ladro ha tolto dal luogo l' oggetto con l' intenzion di appropriarselo. Ma se egli prende un continente, che si può portar via, avendo in principio l'intenzione di appropriarsi il tutto, e poi gli nasce l'idea di fare una scelta del suo contenuto; ha consumato il furto dell'intiero continente, e d'ogni cosa, che ivi si conteneva, appena lo ha pigliato e levato dal posto con l'animo di ridurre il tutto in sua potestà, non ostante che più tardi lo abbia aperto, e, trattene alcune robe, abbia lasciato il restante. Su di che la L. 21. §. 8. D. *de furtis* si esprime così: « *Si majoris ponderis quid aperuit, aut refregit, quod tollere non possit, non est omnium rerum cum eo furti actio, sed earum tantum, quas tulit, quia totum tollere non potuit. Proinde, si involucrum, quod tollere non potuit, solvit, u t c o n t r e c t e t, deinde contrectavit q u a s d a m res, quamvis singulas res, quae in eo fuerunt, tollere potuerit, si tamen totum involucrum tollere non potuerit, singularum rerum, quas tulerit, fur est, ceterarum non est. Q u o d s i t o t u m v a s t o l l e r e p o t u i t, dicimus eum totius esse furem, licet solverit, ut singulas, vel quasdam tolleret: et ita et Sabinus ait* ».

Prendendo affatto alla lettera gli ultimi versi di questo passo, essi conterrebbero qualche cosa di specioso. Direbbero in fatti, che quando il ladro si può portar via l'intiero continente, commette furto del totale, ancorchè non facesse che aprirlo, per involarne alcune cose. Queste parole intese così non sarebbero certamente contradittorie ai principj, che governano la consumazione del furto nel suo rispetto obiettivo: ma presenterebbero una singolarità a riguardo dell' elemento subiettivo della essenza di fatto. Se non che non si vuole ammettere nemmeno questa singolarità, come senso del passo. Prescin-

dendo dal considerare, che Ulpiano, a cui appartiene il frammento, si contradirebbe così seco stesso, e con l' inserzione di questo luogo si sarebbero posti anche i compilatori in contradizione coi passi successivi (esempigrazia con la L. 22. §. 1. D. *de furtis*); sembra risultare da tutto l'insieme, che dopo il *tollere potuit* si debba ripetere *et contrectavit*, e che la detta particola debba perciò interpretarsi così: « Se egli potè levare dal posto « l'intiero continente, e lo ha pigliato per appropriarselo; « ha commesso un furto sul totale, ancorchè dopo lo « aprisse per vederne il contenuto, e per ritenerne so- « lamente una parte ».

X.

DELL'IDEA E DELL'ESSENZA DEL FURTO DELLA COSA TROVATA (DISSERTAZIONE DI *SCHENCK*, ESTRATTA DAL TOMO XV. FASC. 2. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE ANNO 1834.)

I.

Posizione della quistione.

Intorno al furto della cosa trovata (*furtum inventionis*) sono tuttora oscillanti le opinioni de' giureconsulti (1). Mentre Martin (2), dietro le vestigie del Savigny, ammette il furto della cosa trovata solamente allorchè la cosa perduta non è ancora uscita dal possesso del perditore, Feuerbach (3) ed Henke (4) affermano, che sulle cose perdute è possibile un furto, senza bisogno di distinguere, se fossero, o no, possedute da un terzo, purchè appartenessero alla proprietà di qualcuno.

(1) Carpzov *princ. crim.* par. II. qu. 86. Werner *sel. obs.* t. III. par. III. obs. 76. Trilier *de variis furtorum generibus, praesertim de furto inventionis*. Berger oecon. jur. lib. II. tit. II. §. XII. Stryk. us. mod. lib. 41. tit. 1. §. 17. lib. 47. tit. 2. §. 17. Klien, revisione de'principj intorno al delitto di furto, par. I. p. 182. e seg. 193. e seg. Tittmann, instituz. di dir. crim. par. III. § 525. p. 432. Pfeiffer, pratiche dichiarazioni d'ogni parte della scienza del dritto t. II. tratt. XVI. p. 457—469.

(2) Elem. di dir. crim. §. 141. e nota 13.

(3) Elem. di dir. pen. §. 345. nota *e*.

(4) Elem. della scienza del dir. pen. § 270.

Contro amendue queste opinioni c'insegna Grolman (5), che sulle cose veramente perdute si può commettere una truffa, e non un furto; perchè in questo il pigliamento debb'essere ingiusto, e perciò la cosa nel momento, in cui vien pigliata, debb'essere nel possesso di alcuno. A questa ragione di Grolman crede Feuerbach (6) di dover contraddire, notando, che il perditore, se perde il possesso, non perde per altro il diritto di proprietà. Appena mi occorre osservare, che Feuerbach ed Henke non aderiscono alla teorica, difesa da Grolman (7) e da Martin (8), la quale non reputa possibile un furto, che quando la cosa mobile si ritrova all'istante del pigliamento nel possesso di alcuno, e di persona diversa da quella del ladro. Secondo Feuerbach ed Henke si richiede per l'esistenza del furto, che la cosa appartenga in proprietà a qualcheduno. E Sachow (9), il quale non esige pel furto il pigliamento di possesso ma solamente un'azione corporale, per cui divenga fisicamente possibile al ladro l'uso esclusivo della cosa (10), assevera la possibilità di un furto di cose trovate, e respettivamente perdute, perchè l'appropriarsele è illecito, e conseguentemente ingiusto. Klien (11), che nel vero furto non inchiude come necessaria la privazion del possesso, descrive il furto della cosa trovata per una varietà, sotto il nome di furto improprio, ma bensì molto affine alla vera rubagione, ed appoggia la sua sentenza alla menzionata teorica, la quale dichiara propriamente furabile una

(5) Scienza del dir. crim. §. 179. conf. col §. 207. nota. *b*.
(6) l. c. nota *e*.
(7) l. c.
(8) l. c.
(9) Elem. di dir. pen. §. 337. conf. col §. 340
(10) Ivi §. 336.
(11) l. c. par. I. p. 182—203.

cosa non vacua di possessore. Egli determina l'idea del furto della cosa trovata « nel pigliamento eseguito con « intenzione furtiva, d'una cosa mobile altrui, non pos- « seduta da alcuno ». Della stessa opinione è ancora Erhard (12). Pfeiffer (13), partendo dall'idea, che secondo Feuerbach il delitto di rubagione si commette con l'appropriarsi ingiustamente e arbitrariamente la roba mobile altrui con animo di farne lucro, crede, che il furto della cosa trovata appartenga al furto in senso lato (nel quale si comprende sotto la parola furto anche la truffa), ognorachè l'intenzione di appropriarsi la cosa trovata si possa con certezza desumere da un'azione positiva, come dal negamento del possesso, o dalla disposizion dell'oggetto in proprio vantaggio. Stima perciò, che il furto della cosa trovata consista « nell'appropriarsi in- « giustamente, con animo di trarne guadagno, una cosa « altrui trovata », e che si distingua dal furto in senso stretto, cioè dal furto proprio, e dalla truffa, solamente in virtù del modo, in cui l'appropriazione si effettua. La quale nel furto proprio ha luogo in maniera, che la cosa altrui vien tolta dalla custodia del possessore; nella truffa in maniera, che l'agente si appropria una cosa altrui, che già era nel suo possesso; e nel furto della cosa trovata in maniera, che il trovatore prende per sè una cosa altrui, che non era nel possesso dell'uno, nè dell'altro. Mentre Pfeiffer introduce nella dottrina di Feuerbach la distinzione tra il furto in senso lato, e il furto in senso stretto, che non è fatta da Feuerbach, il quale non contempla mai l'idea della rubagione in un significato più speciale di quello, che fu di sopra indicato (14), non fa

(12) Instituz. di dir. pen. vigente nel regno di Sassonia §. 301.
(13) Dichiarazioni pratiche ec. l. c.
(14) Conf. Elem. §. 314. 315.

del resto che applicare quello stesso concetto all'essenza del furto della cosa trovata. E neppure estende questa idea col requisito di un atto positivo, come carattere dell'intenzion di appropriarsi; perchè Feuerbach presuppone già per l'esistenza del furto, che si presenti l'intenzione dell'appropriazione, e che perciò dalle circostanze del fatto si debba dedurre, se sia luogo a punire.

Per giudicar la dottrina di Pfeiffer e di Feuerbach intorno all'oggetto della nostra ricerca, è di gran momento il notare, a) che amendue i giureconsulti non considerano il furto della cosa trovata come identico alla truffa, tuttochè riportino al furto anche questa (15), ma che sotto la truffa intendono solamente il caso, in cui il possessore della cosa altrui in nome altrui si attribuisce arbitrariamente il possesso civile sulla medesima, la quale perciò al momento dell' appropriazione non è vacua di possessore (16), mentre annoverano il furto della cosa trovata fra i casi, in cui l'altrui proprietà non è nel possesso di alcuno, e così neppure nel possesso naturale del trasgressore (17). In conseguenza di che fa d' uopo notare inoltre, che b) per la commissione del furto della cosa trovata si dee necessariamente presupporre da essi un pigliamento di possesso (18), che sia avvenuto con la coscienza dell'ingiustizia (19). Quando Pfeiffer per altro (20) sembra scorgere il carattere criminoso del furto

(15) Conf. Pfeiffer l. c. p. 462. Feuerbach l. c. §. 315. verso il fine.

(16) Conf. Feuerbach l. c. p. 315. e 317. e Pfeiffer l. c. p. 462.

(17) Conf. Feuerbach l. c. §. 315. e nota *e*, e §. 317. num 1. Pfeiffer l. c. p. 363, e 364.

(18) Feuerbach l. c. §. 317. num. 1. Pfeiffer l. c. p. 463. e 464.

(19) Feuerbach l. c. §. 318. e 320. Pfeiffer l. c. p. 462.

(20) l. c. p. 460, e 461.

della cosa trovata nella ritenzione furtiva della medesima, non si conserva fedele al suo principio fondamentale, sviluppato da lui a p. 462, e 463: che cioè « nel furto « della cosa trovata l'appropriazione furtiva avviene col « prendersi, che fa il trovatore, con animo di trarne « guadagno, la cosa altrui, che non è nel possesso « di alcuno ». In fatti, secondo questa opinione, il delitto incomincia col pigliamento di possesso, e non già con la ritenzione della cosa.

Ancora Henke (21) richiede pel furto della cosa trovata il pigliamento di possesso della cosa perduta, come parte integrante dell'atto, o della rubagione di essa. Tittmann (22) pure, che stima possibile un furto solamente su di cose possedute, e da persona diversa dal ladro, non vuole annoverare tra i furti il delitto, di cui ragioniamo, ma lo considera piuttosto come una frode, commessa mediante soppressione di verità, e così nemmeno sotto la denominazione di truffa, che egli acutamente distingue dall'usurpazione. La truffa dee dinotare l'atto di tenere segretamente per sè una cosa, che era stata consegnata al frodatore, perchè la recapitasse ad un altro; e l'usurpazione all'incontro, una ingiusta e dolosa ritenzione di una cosa, casualmente venuta nel possesso di alcuno.

Nel contrasto di queste opinioni riesce assai malagevole il determinare il vero tenore della controversia sopra la possibilità di un furto della cosa trovata.

Il primo scopo del presente discorso è quello di mostrare, che non si può dare in alcuna maniera un furto della cosa trovata, come delitto, a cui veramente convenga il nome di furto; anzi, che la denominazione di furto

(21) Conf. i suoi elem. §. 270. e nota 3. V. ancora i §§. 268. 271. 272. 273.

(22) Conf. le sue instituzioni 2.ª ediz. §. 405. 413.

della cosa trovata racchiude in sè una contradizione, dovendosi per l'essenza del furto richiedere, che l'obietto di esso fosse, all'istante del pigliamento per parte del ladro, la proprietà di un terzo, o che almeno un terzo ne avesse il possesso. Nè credo inutile l'insistere nelle pregevolissime dichiarazioni dei principj sul furto della cosa trovata, contenute nell'opera citata di Klien, perchè egli, come Martin e Tittmann, ha desunto le sue armi dalla teorica, che esige la privazion del possesso per l'essenza del furto, e giudica perciò non furabili le cose non possedute. Mi duole di non potere in ogni parte professare le opinioni di Klien, e che la mia maniera di vedere dissenta in qualche punto importante ancora dagli argumenti, coi quali Grolman e Tittmann sostengono la proposizione da me difesa.

Se io mi varrò anche successivamente dell'espressione di furto della cosa trovata, per significare il delitto, del quale ho intrapreso a trattare, chiedo, che non mi si apponga a colpa la contradizione già biasimata del nome; perchè solamente per desiderio di farmi intendere seguiterò a chiamare con l'antico vocabolo un oggetto, che non ha ricevuto finora un'appellazione più conveniente.

Per ordinare debitamente i principj, che ci vengono offerti dalle leggi, che governano la materia del furto della cosa trovata, noi comincieremo dal determinare con accuratezza il significato giuridico della parola trovare.

II.

Nozione del trovamento.

L'uso comune della favella si serve assai spesso del verbo trovare nel significato di abbattersi. Questo

accade il più delle volte quando uno casualmente si abbatte in alcuna cosa dove non l'ha cercata, nè se l'è aspettata, o quando l'abbattersi in una cosa fu preceduto da una ricerca.

Nel significato tecnico la parola *invenire*, o *inventio* è 1) una specie di occupazione, e presuppone, che l'oggetto, capace di esser così occupato, sia una *res nullius* (23). E perchè una cosa possa dirsi *res nullius* non basta, che non si ritrovi nella proprietà di alcuno, ma fa d'uopo ancora, che non abbia alcun possessore (24). Imperocchè se uno rinunzia alla proprietà di una cosa, ma non si spoglia del possesso della medesima, essa non è *derelicta*, nè *res nullius* (25): e viceversa, se uno rinunzia al possesso, ma non alla proprietà di una cosa, questa non si può chiamar *derelicta* (26).

Inoltre qualunque usurpazione di una cosa posseduta per parte del non propietario e del non possessore apparisce contraria al diritto (27). Quindi seguita incontrastabilmente, che una cosa posseduta non è *res nullius*, nè capace di occupazione, e chè perciò non può soggiacere alla *inventio*. Laonde nel senso di occupazione può esser t r o v a t a solamente una cosa, che non sia nella proprietà, nè nel possesso di alcuno.

2) Noi incontriamo nelle leggi le parole *inventio* e

(23) G e s t e r d i n g dottrina della proprietà §. 16.

(24) L. 1. §. 1. L. 2. D. *de acquir. rer. dom.* L. 1. D. *pro derelicto.*

(25) Conf. L. 2. §. 1. D. *pro derelicto.* L. 3. L. 5. §. 1. D. eod. L. 9. §. 7. D. *de acquir. rer. dom.* L. 17. §. 1. D. *de acquir. vel amitt. possess.* §. 45. 46. Inst. *de rer. div.*

(26) §. 47. Inst. *de rer. div.* L. 21. §. 2. D. *de acq. vel am. poss.* L. 58. D. *de acq. rer. dom.* L. 7. D. *pro derelicto.* L. 9. D. *de publ. jud.* M a j a n s i i disp. t. I. n. 16.

(27) Conf. L. 128. D. *de reg. jur.* L. 17 pr. D. *de acquir. vel amitt. poss.* L. ult. D. eod.

invenire anche in que'casi, in cui la cosa è ancora nella proprietà di un terzo, o vi è in modo possibile considerata (28): ma quando il verbo *invenire* fu usato nel significato della vita comune, per abbattersi od avvenirsi in checchessia, noi osserviamo la relazione affine alla vera *inventio* nel grado di seminascita, per modo che l'oggetto, sebbene non affatto mancante di padrone, fosse per altro *vacuae possessionis*, o sembrasse almen tale al trovatore (29). Noi riscontriamo questa specie di tecnica applicazione del verbo *invenire* nei casi di *apprehensio rerum amissarum, deperditarum*, le quali si distinguono da quelle affatto mancanti di padrone, appunto perchè sono *vacuae possessionis*, ma non *vacui dominii* (30).

Ora a tenore di ciò si determina il valore delle voci *invenire* ed *inventio* a) nel senso, che loro si attribuisce nella comune favella, b) nel senso tecnico della *inventio*, come *species occupationis*, e c) nella tecnica applicazione alle *res vacuae possessionis*, la quale è affine al significato precedente.

Che il primo senso del verbo *trovare* non faccia pel nostro caso, è evidente di per sè. Altrimenti in fatti quasi ogni furto sarebbe un furto di cosa trovata; perocchè qualunque ladro si abbatte casualmente, o dietro ricerca, nell'oggetto della sua rubagione: e le leggi non ammettono, che si parli di un furto di cosa trovata, ognorachè il ladro si avvenne per caso nella cosa involata, o questa venne in suo potere dietro precedente ricerca. Che simili casi d'involamento di cosa accidentalmente incontrata, od appositamente ricercata, non constituiscano una specie

(28) Conf. L. 1. Cod. *de omni agro deserto*. L. 43. §. 9. 11. D. *de furtis*. L. 7. D. *pro derelicto*.

(29) L. 67. D. *de rei vind.*

(30) Conf. L. 21. §. 1. 2. L. 25. pr. D. *de acq. vel am. poss.* §. 48. Inst. *de rer. div.* L. 43. §. 11. D. *de furtis*.

particolare di furto sotto il nome di furto di cosa trovata, è insegnato da tutti i compendj di diritto criminale, e stabilito da espresse disposizioni di leggi. Il contrario non è stato finora affermato da alcuno (31).

Per lo che anche quando la lingua delle leggi si serve talvolta del verbo *invenire* nel senso della vita comune (32), questo significato non è mai quello, del quale noi ci occupiamo nella nozione del furto della cosa trovata. Quindi siamo costretti ad appligliarci piuttosto ad un significato tecnico del verbo **trovare**.

III.

Critica dell'opinioni enumerate nel cap. I.

Fissato, che nel senso giuridico del verbo **trovare** può esser trovata solamente una cosa, che se non affatto mancante di padrone, sia almeno *vacuae possessionis*, conseguita;

1) che, secondo l'opinione di **Feuerbach** e di **Pfeiffer** sull'essenza del furto, un furto della cosa trovata non è possibile in quel caso, in cui la cosa medesima, quando il trovatore se l'appropria, non è nel dominio di alcuno, e fu perciò in ogni tempo, o rimase poscia senza padrone;

2) che, secondo la dottrina di **Martin**, di **Grolman**, di **Tittmann**, e di **Klien**, la quale non ammet-

(31) Conf. L. 1. in f. D. *de abigeis*. **Voet** ad hanc legem, **Lauterbach** C. P. P. tit. *de abigeis* §. 2. **Thomasius** de abigeatu §. 25 « *In furtum vero stricte dictum pecudum aliquis absque praecedente intentione obiter quasi, et tamquam aliud agendo incidit*. ec. » L. 7. D. *de extraord. crim.* L. 1. §. 1. 2. D. *de effractor. et expilator.*

(32) Conf. L. 13. Cod. *de fidejussor.* L. 1. Cod. *de omni agro deserto.*

te furto su di cose non possedute, nè su di cose prive di padrone, perchè non sono possedute, un furto della cosa trovata, come vero furto, non è escogitabile;

3) che all'incontro, secondo la teorica di Martin intorno ai requisiti del furto ed alla possibilità di un furto della cosa trovata, questo non può mai accadere sulle cose perdute, perchè nel senso giuridico del verbo trovare non si trova una cosa perduta, la quale, non ostante la perdita, è rimasta nel possesso del perditore. Dell' appropriazione di una *res non vacuae possessionis* non si può dire, che formi quella specie di pigliamento, che ha luogo mediante la *inventio*. Questa appropriazione conterrebbe, *ceteris paribus*, un furto ordinario, il quale non presenta alcuna fondata ragione, per essere appellato col nome di furto della cosa trovata, e per esporre principalmente l'agente al rimprovero di occultazione dell'oggetto pigliato, come una *res inventa*. Per l'idea del furto è affatto indifferente, che la cosa posseduta fosse, o no, custodita, in un luogo adattato a conservarla (33), semprechè fosse posseduta al momento, in cui venne pigliata. Ancorchè quindi in sì fatto momento l'oggetto fosse in un luogo, in cui il possessore la potesse difficilmente conservare, ed in cui non si confidasse del tutto di conservarla, ciò non cangia la natura di un vero furto ordinario, subito che la cosa medesima, benchè fosse in un posto non opportuno alla sua custodia, non era uscita dal possesso dell'offeso.

Dietro l'opinione di Feuerbach e di Pfeiffer è possibile un furto su di cose perdute, quando, mediante il loro smarrimento, il perditore ne ha perduto il possesso, ma non la proprietà. Una cosa perduta di questa specie si potrebbe certamente trovare, almeno nel

(33) Conf. Tittmann l. c. 2.ª ediz. §. 412.

senso indicato nel cap. II sotto lettera *c*, e quindi sembra, che sia possibile su di essa un furto di cosa trovata.

Di più, tanto a tenore della teorica di **Feuerbach** e di **Pfeiffer**, quanto a tenore di quella, che stima furabili le sole cose possedute, si potrebbe obiettare, che al tempo del pigliamento la cosa perduta poteva essere, senza che il pigliatore lo sapesse, nella proprietà, o respettivamente nel possesso di un terzo.

Se non che queste due obiezioni si respingono con le osservazioni seguenti.

Per ciò che concerne il primo caso, non si vede primieramente, che esso, ancorchè convenga in generale ad un furto, presenta per altro qualche particolare, che lo distingue dal furto ordinario, e che lo qualifica per una *species furti* sotto il nome di furto della cosa trovata? Quando per la commissione del furto niente importa il considerare, se l' oggetto della rubagione sia, o no, posseduto da alcuno; quando in questo rispetto rileva solamente l'esaminare, se la cosa abbia un proprietario; per determinare la qualità del delitto, che si commette col furto della cosa trovata, è affatto inutile e insignificante la distinzione posta da **Pfeiffer** del furto in senso lato e in senso stretto. Le differenze in fatti, che non sono di alcun momento per l'idea e per l'esistenza di un delitto, non possono richiedere, ne giustificare simili distinzioni. L'appropriarsi adunque una cosa perduta, che appartiene ancora ad un terzo, non sarebbe altro, che un furto ordinario.

Alla seconda obiezione, e nel medesimo tempo ancora alla prima, si risponde, che un furto **colposo** non si può commettere, ma che per l' esistenza di un furto qualunque si richiede prima di tutto, che il ladro abbia pigliato la cosa con la coscienza di operare ingiustamen-

te (34). In questo rispetto è di precipua importanza il considerare, che il pigliare una cosa *vacuae possessionis* non è stato mai dichiarato illecito dalle leggi. Non esiste in fatti una legge, la quale ordini, che si lasci stare *in bona pace* una cosa trovata. Or se il pigliatore credè, che la cosa fosse *vacuae possessionis*, ed essa era veramente tale all'istante del pigliamento; verrà a mancare in ambedue i casi il dolo malo, cioè la coscienza dell' ingiustizia, e così il pigliamento non si potrà riguardare per un *furtum*, nè per un *furtum inventionis*. Ed in conseguenza non si darà gammai un furto di cosa trovata, perchè il trovamento è giuridicamente possibile sopra le sole cose mancanti di possessore, o credute tali da chi le prese. Grolman (35) stima, che non possa commettersi furto sulle cose perdute, perchè non è ingiusto il pigliamento delle medesime. E quando Feuerbach si vuole opporre a tale opinione dicendo, che il perditore resta privo del possesso, ma non della sua proprietà, questa replica può indicare primieramente, che Grolman non ha connesso per lo meno con sufficiente chiarezza l' ingiustizia del pigliamento, che è necessaria pel furto, col requisito della coscienza dell' ingiustizia nel pigliatore, ed insieme con l'ingiustizia obiettiva di lui non ha fatto menzione della sua ingiustizia subiettiva. Ammettendo, che il fatto del pigliamento possa essere ingiusto anche in una *res vacuae possessionis*, l'indole obiettiva dell' atto deciderebbe dell' esistenza di un furto, che pur non si può colposamente commettere; onde qui l' elemento di suprema importanza è la coscienza dell' ingiustizia nel tempo del pigliamento. Grolman per vero dire pone

(34) Conf. Feuerbach Elem. §. 316. 317. 318. 320. Martin l. c. §. 144. 145. Salchow l. c. §. 339.

(35) l. c. §. 179.

anche il dolo, come requisito del furto, ma lo riferisce solamente all'intenzione di appropriarsi la cosa altrui, per ricavarne profitto. La quale intenzione non involge di necessità la coscienza dell' ingiustizia del pigliamento; perocchè *in jure* si danno dei casi, in cui il prendere la cosa altrui, contro il volere di chi sinora la possedè, è un atto conforme al diritto, come avviene esempigrazia nel sequestro. Inoltre Feuerbach nel rispondere a Grolman omette di considerare, come ho accennato di sopra, che non esistono leggi, le quali dichiarino illecito il pigliamento di una *res vacuae possessionis*. Ognuno può raccorre una cosa perduta, che si presenta mancante di possessore, e pigliarne per conseguenza possesso. Solamente sulla ritenzione della medesima esistono disposizioni impedienti, le quali per altro non possono convertire il caso in furto, perchè il pigliamento non fu illecito. E se piacesse di opporre, che l'idea del furto non presuppone necessariamente il requisito del pigliamento, io replicherei, che tanto Feuerbach, quanto Pfeiffer, annoverano il furto della cosa trovata fra quei furti, che si commettono col prendimento effettivo, e che solamente in un caso, che non ha punta relazione con la nostra ricerca, Feuerbach non esige pel furto il fatto del prendimento, quando cioè il possessore si attribuisce arbitrariamente in nome altrui il possesso civile. Ora, dove si aggiunga, che la teorica più retta, e più ricevuta in pratica, esige pel furto, che il ladro abbia pigliato il possesso naturale dell'oggetto, affinchè esista quell'attività positiva, che colloca la rubagione nel campo delle realità, certamente apparisce, che non solo la dottrina di Feuerbach e di Pfeiffer, ma anche quella già riferita di Salchow, sopra il furto della cosa trovata, non è giusta. Gli stessi giureconsulti, che reputano furabile anche una cosa altrui non posseduta, richiedono

almeno il pigliamento di possesso per l' esistenza del furto (36).

Anche nei casi di furto della cosa trovata, enumerati da Klien (37), tuttochè il pigliatore conosca esattamente il proprietario, che perdè il possesso, o parve averlo perduto, non è illecito il pigliamento della cosa, che si presenta come non posseduta. La ritenzion della cosa produce allora una semplice indelicatezza, ma l'atto non ha il carattere di un furto qualunque, e perciò nemmeno di un furto di cosa trovata. Appoggiandomi alle ragioni già dette, io non posso convenire assolutamente con Klien (38), quando fa incominciare il fatto delittuoso, che si chiama furto di cosa trovata, dal pigliamento di possesso della cosa perduta. S'immagini in fatti, che *A*, il quale vide l'atto della perdita, pigliasse la cosa, formasse dipoi l'intenzione di appropriarsela *animo lucri*, ma, mutato subitamente consiglio, la restituisse al proprietario. *A* non avrebbe fatto in tal caso nulla di punibile. Il pigliamento della cosa non fu un *crimen inchoatum*, perchè il metter le mani su di una *res vacuae possessionis*, e il raccoglierla, piuttostochè lasciarla stare, non è menomamente illecito. La ritenzione delittuosa della cosa incomincia solamente con gli atti, che servono allo scopo di occultarla. Or, se è vero, che *cogitationis poena nulla est*, *A*, che non ha fatto ancor nulla, per eseguire il furto della cosa trovata, deliberato da principio, non può esser punito. Se poi *A* pigliò subito la cosa con l'intenzione di ritenerla, e di sottrarla al proprietario, il pigliamento, qual mezzo ordinato allo scopo, contiene la preparazione di quel par-

(36) Conf. Henke l. c. §. 270. nota 3. V. anche Kleinschrod tratt. di dir. pen. par. II. p. 98 e seg. e Klien l. c. p. 115—117. p. 155—176. p. 242. 268.

(37) l. c. p. 186. n. 1. e p. 189. 190. n. 1.

(38) l. c. p. 184. e 192.

ticolare delitto, che suol chiamarsi furto di cosa trovata, e che si presenta allora meritevole di pena pubblica come *crimen inchoatum*; non perchè sia stato illecito in sè stesso (il che sarebbe avvenuto nel furto ordinario), ma perchè l'atto di sua natura lecito constituì una preparazione al delitto. E qui non si dimentichi, che gli atti preparatorj di un delitto, in quanto son tali, non appartengono in alcuna maniera al fatto, che constituisce il delitto medesimo.

Del resto si può disputare, se il pigliamento di una cosa perduta, nell'idea di ritenerla, formi di già un'azione, in cui sia trapassata l'intenzion di commettere un furto di cosa trovata, e debba perciò considerarsi come *crimen inchoatum* del medesimo. Imperocchè, se il pigliatore muta subito di consiglio, e restituisce la cosa trovata, senza averla usurpata al proprietario nemmeno per brevissimo tempo, sembra, che non abbia effettivamente esternato il suo delittuoso consiglio, e che nulla avendo commesso d'illecito (*cogitationis poenam nemo patitur*), non siasi reso colpevole neppure di tentativo. Secondo l'opinione di Klien (39), egli avrebbe commesso in tal caso il *crimen consummatum* di furto di cosa trovata, il che è certamente falso.

I precetti del diritto canonico nel decreto di Graziano (40), ai quali ritorneremo tra poco, confermano i principj già esposti; perocchè non riconoscono il delitto nel pigliamento della cosa trovata, ma nell'usurpazione, e ritenzione di essa, e paragonano sì fatta azione alla rapina nel solo rispetto della penalità. Il testo principale è il *cap.* 8., che interpreta l'espressione *rapuisti* del *cap.* 6. con le parole: *peccatum hoc esse simile rapinae*. An-

(39) l. c. p. 186. n. 1.
(40) P. II. caus. 14. qu. 5. c. 6. e 8.

che il diritto canonico presuppone un illecito pigliamento per l'esistenza di un vero furto (41). **Klien**, nelle conclusioni dedotte dalla privazion del possesso, richiesta pel furto, in confronto del carattere del furto di cosa trovata, prende la cosa in un aspetto troppo obiettivo; mentre vuolsi avere un riguardo specialissimo alla relazione subiettiva del pigliatore verso l'oggetto, cioè all'opinione, che il medesimo non sia posseduto.

IV.

Continuazione.

Da quanto abbiam detto finora si possono trarre le conclusioni seguenti.

a) Il pigliamento di una cosa, che può esser trovata solamente nel significato giuridico della *inventio* (e perciò ancora il pigliamento di una *res nullius*, perchè questa pure non è posseduta), o che almeno parve trovabile al pigliatore, non è mai illecito, e conseguentemente non rende punibile l'azione.

b) Su di una cosa, che è trovata nel senso giuridico della parola, o che, secondo l'opinione del pigliatore, è trovabile, non può commettersi furto, nè a tenore della dottrina, che reputa furabili solamente le cose possedute, nè a tenore della dottrina contraria, che richiede per la rubagione cose esistenti nell'altrui proprietà, sieno, o no, possedute; perchè il pigliamento di possesso di un simile oggetto non si riconosce per una azione minacciata di pena.

Di qui prenderò occasione di osservare, ch'io non

(41) Decreti P. II. cau. 14. qu. 6. c. 1. e 4. e cau. 23. qu. 3. cap. 6. Decret. Gregor. lib. V. tit. 18. Lib. V. tit. 13 *de reg. jur. in* VI. reg. 4.

parto in alcun modo dall' opinione, tenuta da Martin (42), che i casi, in cui egli dichiara possibile il furto sulle cose perdute, sieno riguardati come furti di cose trovate. Io volli solamente mostrare, che quei casi, nè secondo la teorica, che dichiara furabili le sole cose possedute, nè secondo quella, che per la commissione del furto richiede una cosa esistente nella proprietà di un altro, non autorizzano a qualificarli per furti di cose trovate accanto a quelle ruberie, che niuno pensa a chiamare con questo nome. L'aggiunta di cose trovate apparisce allora così destituta di base, e vuota di senso per la specie del delitto, che non può aversi più scrupolo a bandirla dalla nomenclatura de' furti. Se ne potrebbe al più far menzione storicamente, come di un errore del tempo andato: il che per altro non sembra essersi fatto da Martin (43). Sebbene in virtù della legge positiva si dia un' azione, designata dai dottori col nome di furto della cosa trovata, quest' appellazione è pur sempre abusiva; perocchè tale azione constituisce un *factum criminosum*, che non è assolutamente un furto, nè merita di esser trattata nella dottrina de' furti. Il favoleggiare poi di pseudo-furti, che furti non sono, o il parlare con Klien di furti improprj (quando l'adiettivo improprio esprime realmente la negazione del carattere furtivo), mi sembra tanto inesatto, quanto il volere affermare col santo zelo del decreto di Graziano, che il ladro sia l' uccisore del derubato (44). Non può che generar confusione l' appellar furto improprio un caso, che non è furto. Tutti sanno, quanto sofisticamente dalle affinità dei nomi si sogliano dedurre egualità, che non sono menomamente fondate nell' essenza dell' obietto.

(42) l. c. §. 141.
(43) l. c.
(44) Decreti P. II. c. 14. qu. 5. c. 2.

E quanto sia pericolosa quest' arte sofistica per la giustizia pratica, ne converranno di leggieri tutti coloro, che hanno avuto occasione di far conoscenza col motivi sofistici delle sentenze. Klien poi si è posto dalla parte del torto anche secondo i suoi proprj principj, quando ha qualificato il furto della cosa trovata, benchè sotto l'aspetto di una varietà, come una specie di furto pubblicamente punibile. A tenore in fatti del diritto romano, che nella L. 43. §. 4—11. D. *de furtis* annovera tra i furti anche quello della cosa trovata (nella Carolina (45) non è sillaba, che rammenti questo delitto) esso non è per certo pubblicamente punibile; perchè il furto in generale era presso i Romani un delitto privato, e soggiaceva per l'*actio furti* a pena privata. Per farsi una chiara idea di questa pena civile importa notare, che il diritto romano, contemplando il furto dal lato dei privati danneggiati, e non da quello della sua immoralità, frequentemente concedeva l'*actio furti* in casi, in cui l'applicazione di essa potea sostenersi per analogia, attesa la gran somiglianza dell' atto, avuto riguardo alla lesione sofferta dall' *actor*, ed all' indennità, che gli competeva. La quale osservazione è essenziale anche per dichiarare la L. 43. §. 4—11. D. *de furtis* (46). Nella dottrina del furto pubblicamente punibile, il diritto romano ci può aiutar solamente a fissare l' idea del delitto, ma non ci offre il carattere della penalità criminale. La Carolina, secondo l' opinione di Klien in tanto non ascrive a furto certe azioni, come avrebbe dovuto fare, in quanto esse non sono un furto nel senso della sua dottrina, tuttochè il diritto romano le abbia enumerate tra i furti. Klien dichiara persino, che la Carolina conosce il de-

(45) Conf. Tittmann l. c. 2.ª ediz. §. 522. p. 522. nota *n.*
(46) Conf. Klien l. c. p. 446. 447. 428. 444. 445. 452.

litto di furto solamente su cose possedute, il pigliamento delle quali comprende una privazion di possesso a carico del possessore. Ma d'onde, io domando, Klien trae motivo di asseverare, che l' appropriazione di un oggetto trovato, non accompagnata da alcuna privazion di possesso, sia una specie di furto pubblicamente punibile? Egli non connette la sua asserzione coi principj di diritto germanico relativi al furto della cosa trovata, contenuti in leggi diverse dalla Carolina, i quali, come farò vedere nel capitolo seguente, concordano con le massime esposte fin qui; chè altrimenti non avrebbe potuto riporre, come ha fatto (47), l'idea del furto della cosa trovata « nel pigliamento, intrapreso con intenzione furtiva, di una cosa « mobile altrui, non posseduta da alcuno ». Or, se è incontrastabilmente conforme ai principj della Carolina l'esigere per l'esistenza del furto, da punirsi a tenore di lei, la coscienza dell'ingiustizia del prendimento per parte del ladro, ne seguita, che il diritto romano non può oggidì più decidere in materia di furto di cosa trovata.

Se si volge in fatti lo sguardo agli articoli 157—175 della constituzione Carolina, uno si convince, che i medesimi presuppongono come essenziale, per le loro disposizioni penali sul furto, non solo il pigliamento di possesso della cosa, ma ancora la coscienza dell'ingiustizia nel ladro. La mala coscienza dell'illecito nell'atto del pigliamento di possesso constituisce perciò un elemento di gran peso per la Carolina. Basta confrontare fra gli altri gli articoli 164—168, 172, e 173.

(47) l. c. p. 164.

V.

Modalità dell' azione del furto della cosa trovata.

Dalle precedenti dichiarazioni risulta, che il delitto di furto della cosa trovata non incomincia col pigliamento di possesso della cosa perduta, ma che anzi questo di per sè non soggiace ad alcuna comminazione penale. Dal che conseguita inoltre, che l'illecito di quel fatto non nasce che dopo il prendimento. Ad effetto poi di arrivare a conoscere, qual sia la modalità, che all' azione comunica questa illecita qualità, importa prima di tutto indagare, se il diritto comune ordini di non occultare la cosa trovata, ma di renderla nota, e di esibirla pubblicamente, e se chiunque contravvenga a questo precetto si esponga a pena criminale.

Se v'hanno leggi, che puniscano pubblicamente l'occultazione della cosa trovata, fa d'uopo ammettere, che esista quell'ordine, ancorchè non fosse in precisi termini espresso; perchè ciascuno ha il dover legale di far tutto quello, per cui solamente può evitare di commetter delitto.

Volendo affermare, come è stato fatto (48), che a tenore della L. 43. §. 8. D. *de furtis* abbia avuto vigore nel diritto romano il precetto di esibire pubblicamente una cosa trovata; prescindendo dal notare, che secondo il passo citato la contravvenzione non sarebbe mai sottoposta a pubblica pena; s'intenderebbe assai male il §. 8., in cui Ulpiano non fa che additare un contegno, che si solea frequentemente usare, per divertire da sè il sospetto dell'*animus furandi* (49). Le leggi romane non par-

(48) Conf. Meckbach Osservazioni allo Specchio Sassonico, t. II. ad art. 37. p. 485. Berger Oecon. jur. lib. II. tit. 2. §. 12. Stryk. us. mod. lib. 44. tit. 1. §. 17.

(49) « *Solent plerique etiam hoc facere, ut libellum propo-*

lano affatto di un dover generale di notificare le cose trovate. Il che si deduce chiaramente dai principj relativi all'occupazione permessa di una *res nullius*, o tenuta per tale (50). Qualche cosa di singolare, con la minaccia per altro di sola pena civile, si vede stabilito rispetto ai tesori, la cui metà appartiene al fisco (51): mentre al medesimo tempo nel trovamento di tesori, su' quali terze persone abbiano pretensioni di proprietà (52), si stabilisce per regola generale, che niuno sia obbligato a denunziare ad altri, che al fisco, l'invenzion di un tesoro. « *Deferre* « *se nemo cogitur, quod thesaurum invenerit, nisi ex the-* « *sauro pars fisco debeatur* ».

Rispetto alla nostra ricerca, relativa al precetto di notificazione dell' oggetto rinvenuto, noi dobbiamo specialmente occuparci del caso, in cui il trovatore conosca il propietario della cosa trovata, od impari a conoscerlo in seguito. Contiene il diritto romano per questo caso un ordine di denunziare il trovamento al proprietario, per modo che si possa colpire di una pena criminale la trasgressione? Grolman (53) sembra affermare, che per diritto comune il trovatore è in dovere di non occultare al propietario conosciuto il possesso della cosa, e conseguentemente di denunziarglielo, per non esporsi ad una punizion criminale; avvegnachè nel caso di occultamento si faccia luogo ad incolpare il delitto di truffa (54).

« *nant continentem invenisse, et redditurum ei, qui desideraverit.* « *hi ergo ostendunt, non furandi animo se fecisse* » L. 43. §. 8. D. *de furtis*. Conf. L. 15. D. *praescriptis verbis*.

(50) L. 3. D. *de acquir. rer. dom.* L. 4. D. *pro derelicto*. L. 43. §. 5. 6. 11. D. *de furtis*.

(51) L. 3. §. ult. D. *de jure fisci*.

(52) Conf. Thibaut, Sistema §. 600.

(53) l. c. §. 207. nota *b*.

(54) Titmann l. c. 2.ª ediz. §. 511. p. 521. insegna il medesimo, appoggiandosi a Grolman.

Ma l'esistenza di questo dovere, imposto con tali conseguenze al trovatore, io non posso riputarla fondata nelle prescrizioni del diritto romano. La regola (55), che obbliga il proprietario (56) ad informarsi da sè del possessore della sua cosa, impedisce di adottare una tale opinione. Oltre di che tutte le pene della falsa negazione del possesso, alla quale vuolsi pur riferire l'occultamento del possesso della cosa trovata contro il proprietario conosciuto (57), non sono che civili, e senza un' espressa disposizione di legge, che lo comandi, non possono tramutarsi in criminali.

Che il semplice occultamento della cosa trovata non constituisca neppure un *furtum* romano, risulta chiaramente dalla L. 1. §. 2. L. 52. §. 19. L. 67. D. *de furtis*, e dalla L. 3. §. 18. D. *de acq. possess.*; e la L. 3. §. ult. D. *de jure fisci* « *deferre se nemo cogitur, quod thesaurum invenerit* » non si potrebbe spiegare, se sussistesse il dover legale di denunziare la cosa trovata al propetario conosciuto, il quale sulla metà del tesoro, trovato *in fundo alieno*, non ha un diritto men buono del propetario della *res amissa*. Nè fanno opposizione la L. 16. §. 2. la L. 27. §. 2. D. *de falsis*, la L. 43. §. 11. D. *de furtis*, e la L. 44. in f. *de acq. rer. dom.* A torto Oelze (58) riferisce i due primi passi all'occultazion del possesso, commessa dal compulsato contro il *petitor*; perocchè essi

(55) L. ult. D. *de rei vind.* « *in rem actionem pati non compellimur,* quia licet alicui dicere, se non possidere ec. (*etiamsi possideat*) ». Conf. L. ult. Cod. eod.

(56) L. 36. pr. D. eod. « *Qui petitorio judicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit, vel dolo desiit possidere* ».

(57) L. 68. D. eod. Auth. *Item poss.* ad L. 7. Cod. *Qui potior*. Nov. 18. cap. 10. §. 26. Inst. *de act.* §. 26. L. 20. §. 1. D. *de interrog.*

(58) Pratica forense §. 121 nota 1.

parlano del caso di attività positiva, impiegata nel contraffare ed alterare la sustanza della cosa. Contro gli altri due passi vale l'osservazione già fatta, che cioè dalle leggi romane, relative al furto romano, non si può inferire la pubblica penalità dell' azione, che forma l' oggetto della nostra indagine. La facultà d'intentare l'*actio furti* contro i casi, che involgono qualche cosa di più di una semplice occultazion di possesso, non contiene alcuna comminazione di pena pubblica. La L. 7. D. *de incendio* contiene per vero dire una minaccia di pena pubblica contro l'appropriazion delle cose sommerse nel naufragio, le quali perciò non si dovrebbero occultare da chi non si volesse rendere pubblicamente punibile: ma simili disposizioni, che si dichiarano in virtù di riguardi particolari (59), non si possono convertire in generali.

Secondo i principj giuridici finqui sviluppati io mi credo autorizzato a pensare, che la negazione del trovamento contro il proprietario, che si fa conoscere, non produce, per diritto romano, che pretensioni e pene civili, e non è pubblicamente punibile. Di più essa non è altro che una negazione di possesso contro il *petitor*, la quale, come fu già detto, soggiace solamente a pene civili.

L'occultazione e la negazione del trovamento contro il proprietario della cosa trovata è bensì considerata altrimenti dal diritto canonico. Nel decreto di Graziano (P. II. cau. 14. qu. 5. c. 6. et. 8.) è stabilito: « *Si quid in-* « *venisti, et non reddidisti, rapuisti. — Multi sine peccato* « *putant esse, si alienum, quod invenerint, teneant, et di-* « *cunt: Deus mihi dedit, cui habeo reddere? Discant ergo,* « *peccatum hoc esse simile rapinae, si quis inventa non red-* « *dat* ». Secondo il diritto canonico, l'occultazione e negazione del trovamento contro il proprietario conosciuto

(59) Conf. L. 21. §. 1. D. *de acq. vel am. poss.*

della cosa, se non per un furto, dee tenersi almeno per un reato pubblicamente punibile; onde non può rivocarsi in dubbio il dovere che ha il trovatore, di denunziare il trovamento al proprietario. Che bensì queste disposizioni non parlino di *res nullius*, ma di *res amissae tantum vacuae possessionis*, è evidente, perchè presuppongono una *res aliena*. Rispetto dunque ai tesori, del pari che a tutte le cose mancanti di padrone, o riputate tali, quel dovere di notificazione non esiste neppure per diritto canonico: ma bensì quanto agli oggetti creduti privi di proprietario, s'intende bene, che il detto dovere non sussista, fintantochè dura nel trovatore sì fatta credenza.

Che se finalmente ci rivolgiamo alle massime del diritto germanico, quali si presentano nelle particolari legislazioni, che indicheremo tra poco, e nella giurisprudenza tedesca (60), risulta, che a tenore di essi è comandata la

(60) Conf. lo Specchio Sassonico II. art. 29. 37., lo Svevico cap. 384. l' *Jus Noricum* part. 21. tit. 25. lex 3. la *Lex Bajuvar.* tit. II, cap. 13. §. 2. « *Etsi aliquid invenerit in curte ducis quasi pro neglecto* « *jacere, et id tulerit, et super noctem celaverit, furtum reputetur* « *in publico, XV solid. componat* » la *Lex Langobard.* lib. I. tit. 25. L. 9. « *Si quis aurum, aut vestem, aut quamlibet rem in viam inve-* « *nerit, et super geniculum levaverit, et non manifestaverit, aut ad* « *judicem non dixerit, sibi nonum reddat* »; la *Lex Alamannor.* cap. 87. « *Si quis res suas apud alium hominem invenerit, quidquid sit,* « *aut mancipia, aut pecus, aut aurum, aut argentum, aut alia spo-* « *lia, et illa reddere noluerit, et contradixerit, et posthaec con-* « *victus fuerit ante judicem, aut simile, aut ipsum reddat, et cum* « *XV solid. componat, quia proprietatem eius contradixit* »; Diritto imper. Cap. 40. (versio latina) « *Qui in via, aut alias supra* « *terram aliquid invenerit ex bonis alterius, sive sit pallium, sive* « *tunica, sive aliud quid, debet id denunciare imperatori, idest* « *communitati, non expresso eo, quod invenit. Veniente deinde ali-* « *quo, qui, re non visa, veritatem de circumstantiis rei inventae af-* « *ferre sciat, restitui ei amissa debent sine omni damno. Nemine* « *autem comparente, qui rem reposcat, imperatori tradi debet, qui,* « *si velit, rem cum inventore partiatur: siquidem scriptum est, omnes*

notificazione del trovamento delle cose perdute, e che la loro occultazione è per lo più comminata di pena pubblica.

VI.

Continuazione.

Dalle disposizioni del diritto canonico e germanico, indicate nel cap. V., e dalle cose dette nel cap. II., è dato raccogliere le conclusioni seguenti per determinare la modalità dell'azione del furto di cosa trovata.

a) Siccome le ingiunzioni di denunziare la cosa trovata procedono dal presupporre l'esistenza di un proprietario; così è manifesto, che si riferiscono solamente alle cose mobili perdute, sulle quali il perditore conserva la proprietà.

b) Rispetto al trovamento delle *res nullius*, delle *res*

« *res esse imperii, quae occultatae sunt. Re autem non indicata, et* « *occulte penes se retenta, deprehensus mortis reus est. Hoc enim* « *probat scriptura in jure imperii: Qui occultat id, quod indicandum est, facit contra imperium* ». Cap. 44 « *Alicuius bona illo* « *inscio detinens, qui earum rerum dominus est, nec eum monens,* « *quo rem illam apud se auferat, si ipsi eam afferre nolit, et eam* « *rem in usus suos convertens, nec ei restituens, cuius de jure esse* « *debebat, ille fecit contra imperatorem, et eodem, quo fur, jure censetur* ». Sono importanti anche le *constitutiones neapolitanae sive siculae* lib. III. tit. 30. cap. I. e II. . . . « *Statuimus etiam, ut inventas* « *res et pecunias, quarum veri et legitimi domini non apparent,* « *et quas per inventores earum constitutio regia ad magnam curiam* « *debere deferri praescripsit, locorum bajulis sufficiat assignari.* « *Nec enim aequum vidimus, ut is, qui zelo fidei, quo tenetur curiae,* « *totum, quod invenit, assignet, propter fidem suam incommodum* « *sentiat, ut cogatur invitus ad curiam remotum multis locorum* « *distantiis forsitan laborare. Quicumque autem res inventas huiusmodi bajulis nostris non assignaverint, et bajuli etiam, qui assignatas ad curiam nostram non miserint, furti poena, nostro* « *aerario inferenda, pro certo se noverint fore damnandos* ».

derelictae et pro derelictis habitae, e dei tesori, sono sempre in vigore i principj romani, fintantochè almeno, quanto alla *res habita pro derelicta*, il trovatore si conserva nella buona fede, che la medesima sia veramente *derelicta*. Il trovatore, senza denunziare, o rendere altrimenti palese il trovamento, può ritener queste cose; primieramente perchè il diritto di acquistare la proprietà non esige la notificazion dell' acquisto ai terzi; secondariamente perchè le disposizioni, riportate nel cap. V., sulla denunzia del trovamento, si debbono unicamente riferire al trovamento di quelle cose perdute, delle quali è rimasta la proprietà al perditore (61).

c) Perchè si possa parlare del trovamento di una cosa, questa debb'esser comparsa al trovatore come *res vacuae possessionis*, ancorchè realmente non fosse tale.

d) Il prendimento di una *res amissa* non è mai ingiusto, neppure secondo il diritto canonico e germanico. L'atto di pigliar la cosa, per sè stesso è lecito. Dove fosse altrimenti, non avrebbe motivo la disposizione riferita sotto la seguente lettera *e*.

(61) A questa proposizione contraddice Klien (l. c. p. 193-201) in tre casi: a) nel caso di appropriazione di un tesoro, su di cui competano dei diritti a terze persone; b) nel caso di appropriazione di una pietra preziosa trovata nel campo altrui, o di conchiglie di perle trovate in un fondo altrui, che confini con un fiume; e c) nel caso di appropriazione di cose, l' occupar le quali, per la speciale constituzione del paese, appartiene solamente al Sovrano.

Che il primo caso non sia pubblicamente punibile, nè per diritto romano, nè per diritto canonico e germanico, l'ho dimostrato di sopra.

Il secondo caso presuppone, che quelle cose sieno parti accessorie del fondo e del suolo: alla quale opinione io non mi posso sottoscrivere. Conf. L. 4. D. *de penu leg.* L. 13. D. *de auro, argento.* L. 17. pr. D. *de actionib. emti venditi* L. 1. §. 5. D. *depositi.*

Il terzo caso finalmente può considerarsi qual furto di cosa trovata, quando la contravvenzione sia minacciata di pena pubblica, e prende di mira circostanze troppo speciali, per potere ammettere più che un' eccezione alla regola, che abbiamo posta nel testo.

e) Solamente il ritenere la cosa trovata, occultandola, o negando il trovamento, è fatto delittuoso. Lo specchio Sassonico, concordando con le altre antiche leggi germaniche, prescrive, che il trovatore esibisca pubblicamente la cosa trovata, e la renda al proprietario, che si giustifichi tale; che, quando trovatore e perditore sieno del medesimo circondario, il primo abbia diritto al solo rifacimento delle spese; che, quando sieno di circondarj diversi, il trovatore ottenga la terza parte della cosa trovata. Se il proprietario non si fa conoscere dentro sei settimane, il trovatore consegue una parte della cosa trovata, e le altre due cedono al giudice. Quando il trovatore ometta di notificare il trovamento, o lo neghi, questo fatto dee punirsi come furto, cioè se ne dee misurare la pena secondo la penalità del furto.

f) A tenore della chiara disposizione dello Specchio Sassonico, l'occultazione o la negazione della cosa trovata non constituisce dunque il delitto di furto, perchè la cosa non fu rimossa dal possesso di alcuno. Le riferite disposizioni dell' art. 29 dello Specchio Sassonico, dopo aver ordinato, che il negatore del trovamento sia equiparato al ladro, finiscono col dichiarare: « che egli non « ha commesso alcuna vera ruberia, che porti a pena in« famante, o corporale, perchè non si è diportato da la« dro, nè da rapinatore ». Tuttochè la legge voglia punita come un furto la tacita ritenzione delle cose trovate, il dedurre da ciò, che l'appropriazione delle medesime sia un vero furto, sarebbe tanto falso, quanto il sostenere, che il diritto germanico attribuisca a delitto di furto la truffa (62). L'eguaglianza della penalità non presuppone necessariamente l'identità del delitto, e niuna legge può

(62) Conf. Salchow l. c. §. 336. All'incontro Klien l. c. p. 162. e seg.

distruggere con la sua volontà le differenze, che hanno radice nella natura delle cose. Ma una legge, che aspiri ad attuare il diritto assoluto, e ad esser perciò un decreto della ragione, non può trovare il furto dove il furto essenzialmente non è.

Alcune moderne legislazioni germaniche tengono dietro nel principale a queste massime. Il diritto prussiano per altro vuole, che sia denunziato all'autorità anche il trovamento dei tesori, e determina il modo e le conseguenze della pubblica esibizione (63).

Che la difficoltà di distinguere la *res amissa* dalla *res nullius* non somministri motivo di estendere l'obbligo della notificazione del trovamento alle cose della seconda specie, è evidente per sè. Questa difficoltà può suggerire al trovatore la pubblica esibizione della cosa trovata, per difendersi *a priori*, come consiglia la L. 43. D. *de furtis*, dal sospetto di un delitto: ma le massime teoriche, e le disposizioni positive, non vengono per questo alterate, nè allargate, nè il giudice criminale potrà dal solo difetto di denunzia desumere una prova, che l'incolpato non abbia creduto vacua di padrone la cosa trovata.

VII.

Indole delittuosa e nozione del furto di oggetti trovati, brevemente raccolta, come conseguenza di tutto il ragionamento.

Secondo il diritto romano il furto della cosa trovata non forma dunque un delitto pubblicamente punibile, ma l'occultamento e la negazione della medesima soggiace solamente alle pene civili della falsa negazion del possesso.

(63) Parte I. tit. 9. §. 14—105.

I citati principj del diritto canonico e germanico conoscono per regola il delitto pubblico di furto di cose trovate solamente contro *res vacuae possessionis*, e non *vacui dominii*, e non lo riguardano per un vero furto, ma per una frode, o per un *falsum*, in quanto che la notificazione del trovamento di oggetti perduti è ordinata dalla legge sotto sanzione penale. Ed allora si presentano veramente tutti i requisiti del falso: cioè disfiguramento intenzionale di verità mediante soppressione della medesima, e violazione del diritto alla verità protetto con pena pubblica (64). Il nome di furto di cose trovate, che si può spiegare soltanto istoricamente in virtù del confronto della penalità di questo delitto con quella del furto, non solo forma una qualificazione sommamente impropria del fatto, ma ancora totalmente assurda, e pericolosissima in pratica. Secondo il diritto canonico e germanico, che riguardano questa azione come delittuosa, perchè la minacciano di castigo pubblico, essa appartiene al delitto di falsità, sotto il quale si potrebbe denominare piuttosto truffa, che furto, di cose trovate. In questa denominazione l'aggiunta di cose trovate determina quella specie del delitto di falso, molto vago in sè stesso, la quale ha per obietto una cosa trovata: e il nome di truffa si adopera in quel generale significato, che non si ristringe a designar solamente l'intercezione di cose affidate, ed in cui questo titolo fu definito da Grolman (65).

A tenore di tutte queste dichiarazioni il così detto furto, o meglio truffa, di cose trovate consiste: « nella « occultazione, o negazion del possesso di un oggetto

(64) Conf. Martin l. c. §. 189. 190. Tittmann l. c. §. 510—512.

(65) l. c. §. 207.

« mobile trovato, e respettivamente perduto, o sembrato « tale a chi lo rinvenne, commessa dal trovatore, e mi- « nacciata di pena pubblica ».

Questa definizione, come si comprende di leggieri, è essenzialmente diversa da quella, che diede Kllen del suo *furtum inventionis* (66), e di cui abbiamo parlato nel cap. I. L'intenzione furtiva del pigliamento della cosa non appartiene assolutamente all'essenza del delitto, nè può appartenerle; perchè il pigliamento non forma parte dell'azione minacciata di pena, e perchè il dolo nel nostro caso consiste soltanto nell'occultazione, o negazione della cosa trovata, contro il proprietario. Questo dolo produce quel disfiguramento di verità, che fa annoverare l'azione tra le falsità, all'esistenza delle quali non pregiudica per altro l'intenzione furtiva. Qualunque ne sia lo scopo, esso è indifferente per l'idea e per l'esistenza del falso (67). Le disposizioni legali guardano certamente all'intenzione del trovatore di ritenersi la cosa, di appropriarsela, di cavarne profitto, come scopo delittuoso dell'occultazione dell'oggetto trovato: esse per altro non minacciano di pena la sola occultazione, che sia avvenuta in virtù di quella intenzione, ma l'occultazione in generale, come quel fatto, che produce il criminoso guadagno. L'occultazione dell'oggetto trovato è per loro l'appropriazion dell'oggetto *animo lucri*, o il fatto di una disposizion dell'oggetto, la quale offende intenzionalmente i diritti del proprietario. E siccome il disfiguramento della verità, mediante soppressione della medesima, contiene, come ho avvertito, il dolo punibile, non è di molta importanza il cercare, se le leggi abbiano fatto bene a considerar sempre l'occultazione dell'oggetto trovato, come l'atto del-

(66) l. c. p. 184.
(67) Conf. Martin l. c. §. 193.

l'appropriazione di esso. Dal che risulta lucidamente, che l'intenzione di appropriarsi l'oggetto trovato non poteva avere nella definizione del delitto quel luogo, che le concedono Klien e Pfeiffer (68). Secondo Erhard (69) vuolsi dire in generale lo stesso del requisito dell'*animus lucri faciendi* nel furto; chè quivi ancora il guadagno dee riputarsi ottenuto mediante l'appropriazion della cosa. Ma il pigliamento dell'oggetto non appartiene al delitto, di cui ragioniamo; perchè questo, a forma delle osservazioni già fatte, incomincia soltanto con la occultazione di ciò, che fu preso. Laonde tutte queste designazioni si debbono levar via, per quanto mi pare, dalla nozione del nostro delitto, quando gli si voglia attribuire il suo vero carattere.

Per evitare ogni equivoco terminerò osservando, che il definito delitto di truffa della cosa trovata è possibile solamente, quando abbiano forza di legge le riferite disposizioni del diritto canonico e germanico, o dove ordinamenti criminali consimili facciano un dovere della notificazione delle cose trovate, e minaccino di pena pubblica la loro occultazione.

---

(68) V. sopra nel cap. I.
(69) l. c. §. 269. nota 8.

XI.

DEI LIMITI, CHE SEPARANO LA FRODE CIVILE DALLA CRIMINALE (DISSERTAZIONE DI *GEIB*, ESTRATTA DAL TOMO XXI. FASC. 1. E 2. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE, ANNO 1840.)

La dottrina della falsità e della frode è stata modernamente l'oggetto di ripetute indagini scientifiche, segnatamente per parte di Höpfner (1), di Madai (2), di Preuschen (3), di Sternberg (4), di Mittermaier (5), di Visini (6), di Günther (7), di Escher (8): ma tutti questi scrittori sono andati alla loro volta in diverse sentenze, così rispetto all' estensione, come allo scopo delle loro esposizioni. Le due quistioni di maggiore importanza pratica nella presente materia, son quelle, con cui si domanda, in che consista la differenza

(1) *Diss. de crimine falsi.* Lipsia 1829. 4.

(2) *Diss. de stellionatu.* Halis Sax. 1832.

(3) Contribuzioni alla dottrina della frode punibile e della falsità. Giessen 1837.

(4) *Comment. de crimine stellionatus.* Marburgi 1828.

(5) Della retta definizion della frode, della falsità ec. Annali di Demme, t. VI. num. 1.

(6) Contribuzioni alla scienza del dir. crim. Vienna 1839. t. I. p. 39—107.

(7) Vocabolario giuridico di Weiske, Lipsia 1839. t. II. p. 78—107.

(8) Dottrina della frode punibile e della falsità, Zurigo 1840.

fra la falsità e la frode, e quali sieno i limiti, che separano la frode criminale dalla civile. Riserbandomi di occuparmi in altra occasione della prima di queste ricerche (9), mi propongo qui di sodisfar solamente alla seconda. Dichiaro bensì fin da principio, che niuno si deve aspettare da me una nuova scoperta; perocchè io non mi propongo, che di sviluppare con qualche maggiore esattezza, di giustificare più accuratamente, che non è stato fatto, e di raddirizzare in qualche rispetto una teorica, da lungo tempo riconosciuta dai giuristi inglesi, italiani, e francesi, e di fresco accennata ancora da Mittermaier, la quale ha fatto finqui poca fortuna in Germania. Il pensiero fondamentale, da cui mi credo, che si debban prender le mosse nella presente quistione, non è dunque nuovo; ma io mi confido, che dandogli quel rilievo, che conviene, per riguardarlo come vero principio, atto a decidere tutte le controversie, che qui fanno capo, non solo potrò contribuire alla più retta risoluzione dei singoli casi, ma ancora alla maggiore unità scientifica dell'intiera dottrina.

Se noi volgiamo lo sguardo alle fonti particolari del nostro diritto comune, apparisce evidente, che, non potendoci affatto valere in questo proposito delle disposizioni della Carolina (10), ci dobbiamo esclusivamente at-

(9) Anche qui non è dato trovare una buona risposta, che battendo la via storica. Chiunque considera il diritto romano come una legislazione chiusa, e, saltando le opinioni dei pratici italiani e tedeschi da Gandino fino a Boehmer, gli pone accanto la odierna consuetudine forense, e le nuove legislazioni, non può certamente far altro, che attenersi al solo diritto romano, o alla sola pratica attuale.

(10) C. C. C. art. 111—115. È noto, che il diritto canonico contiene anche meno per la nostra quistione. Conf. Klien nel nuovo archivio di dir. crim. I. p. 144.

tenere alle prescrizioni del diritto romano. Se non che queste pure sono poco adattate a fornirci un sicuro carattere, che serva a distinguere la frode criminale da quella meramente civile. Le definizioni in fatti, che i giureconsulti romani danno della frode propriamente criminale (*stellionatus*), sono sì vaghe, che possono abbracciar tutti i casi, che debbon esser puniti come veri stellionati, o che somministrano meramente motivo di sperimentare una pretensione civile (11). D' altra parte sembra, che una precisa separazione non fosse fondata nell'intiero spirito del diritto romano, ma che teoricamente almeno, come già fu mostrato da Harpprecht (12), ogni fatto, che desse luogo ad intentare l' azion civile *de dolo*, si considerasse sufficiente a ricevere ancora un'accusa criminale *ex stellionatu*: su di che vuolsi notare, che il senso pratico può, nel giudizio delle circostanze speciali, aver allontanato i pericoli d'una soverchia severità. Risulta in fatti da varj testi, che non tutti gl' inganni si consideravan punibili, ma che anzi un' intiera serie di azioni, che prese a rigore si sarebbero potute riportare sotto l'idea generale di stellionato, si consideravano siccome lecite; onde si può con tanto maggior certezza concludere, che nella pratica si distingueva la frode criminale dalla civile (13). Ma in che propriamente consistesse una tal differenza, e come si potesse esatta-

(11) L. 3. §. 1. D. *Stellion.* Paul. R. S. V. 25. §. 3. Collat. LL. mos. et rom. VIII. 6.

(12) *Dissertat. acad.* Tubingae 1787. vol. II. p. 1037. et seq. num. 54—60. V. anche Klien nel nuovo archivio di dir. crim. I. p. 146. Rosshirt Elem. di dir. crim. §. 235. Madai *Diss. de stellionatu* p. 27—30.

(13) L. 16. §. 4. D. *de minor.* L. 43. D. *de contrah. emt.* L. 22. §. 3. D. *locati.* V. anche Waechter Elem. di dir. pen. II. p. 218.

mente determinare in ogni singolo caso, è malagevole, per le notizie fino a noi pervenute, a comprenderlo. Quand'anche si potesse piantare il principio, che per la penalità dello stellionato, contrapposto alla frode sempiicemente civile, si richiedesse sempre un *dolus atrocior, gravior, improbior*, come dicono gli antichi dottori (14); questa regola sarebbe sempre così indefinita, che non arrecherebbe, che poca, o niuna utilità per la decisione de'singoli casi. Perciò diversi giureconsulti antichi e moderni hanno preferito di limitarsi all' enumerazione dei casi, nominatamente rilevati nelle nostre fonti, e colpiti di pena (15): ma sì fatto procedimento, che è contrario al principio scientifico, dee riputarsi anche strano per l'indole delle collezioni giustinianee.

Per tutti coloro, che non sanno ridursi a creder possibile l'esistenza d'un principio giuridico, se non lo trovano espresso in una legge, la difficoltà è molto grave. Sono certamente andati tropp' oltre quegli antichi dottori, che volendo ad ogni costo attenersi alle parole legali hanno allargato fuor di modo l'estensione della frode punibile. Così, per esempio, secondo il Menochio e il Matteo debb'esser punito quel venditore, che loda soverchiamente la cosa sua, ed in tal guisa inganna il compratore; parimente quel terzo, che di concerto col venditore offre un prezzo più alto, e così eccita il compratore a dar più di quello, che avrebbe fatto; quegli

(14) Conf. anche Rosshirt storia e sistema del diritto pen. germ. III. p. 13. 21. 50.

(15) Matthaeus *de criminibus* lib. 48. tit. 7. cap. 1. num. 2—18., tit. 13. cap. 1. num. 2. Renazzi *Elem. jur. crim.* Bononiae 1826. to. V. p. 180—184. Cremani *de jure crim.* vol. II. p. 444—448. 450—452. Kleinschrod nell' antico archivio di dir. crim. to. II. fasc. 1. p. 114—116. Rosshirt Elem. §. 231. Heffter Elem. §. 384.

inoltre, che falsamente millanta un gran patrimonio, per ottenere più agevolmente a credenza; e finalmente chiunque diffonde voci sinistre di guerra imminente, o di altre simili calamità, ad oggetto di comprare a miglior mercato (16). Ed anche oggidì, non solo nei compendj, ed in altre scritture (17), ma pure nei moderni codici di Germania (18), si è comunemente determinata l'idea della frode punibile in una guisa, che non lascia vedere il limite di separazione fra l'astuzia criminale, e quella civile. Ciò non ostante si confessa unanimemente, che un sì fatto limite è assolutamente necessario, quando non si voglia fare l'inutile tentativo di estirpare dalla coscienza del popolo tutte le idee della vera penalità di un' azione (19). « Si confonde sempre (per servirmi delle parole « di Gönner) la moralità, o la delicatezza, coi rispetti « del puro diritto penale, quando si chiede una pena; « perchè un uomo credulo, o bonario, si lasciò trappo- « lare, e si pretende, che la pubblica autorità discenda

(16) Menochius *de arbitrar. jud. quaest.* lib. II. cas. 381. n. 22. sq. Matthaeus de crim. lib. 47. tit. 18. cap. 1. n. 6. Secondo Leyser (*Meditat.* spec. 615. med. 13.) debbono punirsi ancora coloro, che citano inesattamente le autorità degli scrittori.

(17) V. Sternberg *de crim. stellionat.* p. 54.

(18) Diritto prov. pruss. par. II. tit. 20. §. 1256. Cod. austr. §. 176. Cod. di Baviera art. 256. Cod. di Sassonia art. 245. Cod. di Württemberg art. 351. Progetto di codice per Baden art. 409. Conf. Mittermaier Annali di Demme to. VI. p. 6—8.

(19) Conf. Oersted Esame del nuovo progetto di Cod. pen. per la Baviera, p. 352—359. Annali di legislazione e di giurisprudenza in Baviera, compilati da Gönner e da Schmidtlein, t. II. p. 376—400. Preuschen Contribuzioni alla dottrina della frode punibile, p. 14—26. Krug Studj per l'interpretazione ed applicazione del codice crim. di Sassonia, par. II. p. 126. Mittermaier Annali di Demme to. VI. n. 1. Escher Dottrina della frode punibile, p. 57. sq.

« in arena a difesa di qualunque gaglioffo (20) ». Ed Oersted dice nel medesimo senso, che quegli, che vuol vendere, o locare le cose sue, è solito di esaltarle, di occultarne i difetti, di attribuire ad esse dei pregj, che non hanno, e di ricorrere a qualche finzione per eccitare la voglia di chi tratta con esso lui. Parimente chi desidera, che gli sia allogato un qualche lavoro, si attribuisce falsamente un'abilità maggiore di quella, che possiede, e fa promesse, che sa di non poter mantenere (21). Or se questo è, come tutti conoscono, il costume degli uomini (22), apparisce di per sè, che senza ingiustizia non possono sì fatte azioni dichiararsi punibili, e che non è dato d' imprimere su di chi le commette il carattere di malfattore. Una separazione adunque della frode propriamente criminale dagli altri casi, che autorizzano al più ad affacciare una semplice pretensione civile, è assolutamente necessaria: e perciò tutta la quistione si ristringe a determinare, qual sia il modo di fare una tale separazione.

Se noi consideriamo le diverse teoriche, che sono state esposte nella presente materia dai moderni giuristi (giacchè le opinioni degli antichi si possono opportunamente trapassare in silenzio (23)) li troviamo per la mas-

(20) Gönner nel nuovo archivio di dir. crim. VII. p. 468.

(21) Oersted Esame del nuovo progetto di codice penale per la Baviera, p. 357.

(22) La cosa dovrebbe andare altrimenti secondo Platone *delle leggi* XI. p. 916. « Niuno, che non voglia cadere nell' odio del « Cielo, mentisca, inganni, o falsifichi, nè in parole, nè in opere, « invocando gli Dei.... Lungi le lodi e i giuramenti da ogni og« getto venale.... Chiunque sarà convinto di aver fatto il contrario, « oltre ad esser privato della cosa alterata, s' abbia tante sfer« zate, quante sono le dramme, che essa costa, dopo che l'aral« do avrà bandito nel foro la causa di quella fustigazione ».

(23) V. Vaechter Elem. II. p. 213.

sima parte così arbitrarie e rempte dalla pratica, che non è neppur necessario discendere a ponderarle minutamente. Oltre di che è riconosciuto così generalmente, che queste teoriche sono destitute di base, e la confutazione del suo predecessore è riuscita sì bene ad ogni successivo scrittore, che il far più che una semplice rivista delle medesime sarebbe inutil fatica.

Kleinschrod sostenne, che la frode ha il carattere d'un vero delitto, allorchè si collega con essa il pericolo della proprietà di molti, o di tutti, e che viceversa produce semplici pretensioni al risarcimento del danno, ognorachè ne abbia ricevuto pregiudizio un privato (24). Ma già fu notato da Klien (25), seguitato in questa parte da altri criminalisti (26), che sì fatta opinione contrasta con l'analogia di tutti i delitti, e che per mantenersi conseguenti bisognerebbe pur sostenere, che l'omicidio premeditato, l'incendio, ed il furto non si dovessero punire, perchè non producono che l'offesa dei singoli. Ma d'altra parte ha trovato pochi seguaci l'opinione di Klien, il quale riputò, che tra la frode criminale e la civile non intercedesse differenza di sorte, e che ogni qual volta era proponibile l'azion civile si potesse ancora intentare la persecuzion criminale (27). Il solo Escher si dichiarò molto tempo fa per questa maniera di vedere, almeno nel principale; avvegnachè egli pure allargasse al di là di ogni convenevolezza l'idea della frode punibile, e volesse segnatamente, per servirmi de'suoi proprj esempj, che fosse applicata la pena legale, se taluno

(24) V. antico archivio di dir. crim. t. II. fasc. 1. p. 117 e seg.
(25) V. nuovo archivio di dir crim. t. I. p. 158—160.
(26) Conf. Martin Elem. p. 454. Waechter Elem. II. p. 214 e seg. Henke Instit. III. p. 11. Preuschen Contribuzioni, p. 17.
(27) V. il nuovo archivio di dir. crim. t. I. num. 5.

vendesse stoffa tedesca per inglese, o quadri e stampe sotto il falso nome di famosi maestri, od opere d' arte moderna come se fossero antiche, o pecore indigene per pecore di razza spagnuola (28). Escher per altro ha modernamente ritrattato sì fatta opinione (29), la quale oramai non credo, che possa contare aderenti.

Molto più importante delle già nominate è la teorica di Cucumus. Egli parte dal considerare, che un inganno in generale suole accadere in due modi: o per via di semplici affermazioni, alle quali può piacere, o non piacere di prestar fede; o per via della produzione di qualche cosa esterna, onde si debba quasi necessariamente inferire l' esistenza di quanto viene asserito. Si presenta il primo caso, allorchè per esempio il venditore mendacemente assicura, che l'orologio vendibile è d' oro; o lo speculatore sostiene, che più non saranno pagati i frutti di certe cartelle, ad oggetto di comprarle a più basso prezzo; o il creditore nega il pagamento, o il debitore l'obbligazione. Poichè qui l'ingannato riman sempre l'autore della sua propria ricognizione, e conseguentemente inganna sè stesso, non è luogo a parlar d'una frode criminalmente punibile. Si presenta all'incontro il secondo caso, quando, per modo d' esempio, un metallo vile si vende per prezioso col marchio di metallo prezioso; o lo speculatore mette fuori false cartelle; o il creditore esibisce un'obbligazione falsa, o il debitore una falsa quitanza. Siccome allora si fa, per così dire, violenza alla facoltà riconoscitiva del fraudato, ed egli è costretto contro sua volontà a tenere per veri gl' inganni altrui; così fa di mestieri applicare una pena pubblica (30). Ma questa

(28) Escher Quattro trattati sopra materie di scienza criminale, Zurigo 1822. p. 85—94.

(29) Dottrina della frode punibile, Zurigo 1840. p. 77. in nota.

(30) Cucumus Programma sul delitto di frode, Würzburg 1820, p. 74—88.

distinzione ancora ha ottenuto pochi suffragj; perchè apparisce chiaramente, che a tenore di essa rimarrebbero esclusi dalla provincia del criminale diritto moltissimi atti, che l'opinion popolare ha sempre creduto degni di pena, e che sono tuttora puniti dai tribunali (31). Laonde fa meraviglia, che Visini abbia recentemente difeso questa teorica quasi con le stesse parole di Cucumus (32).

Preuschen all'incontro ha ragionato così: « Se il « disfiguramento punibile della verità vuolsi separare da « quello perseguitabile in via civile, fa d'uopo cercare « anzi tutto il carattere, che in generale constituisce l'es- « senza della punibilità. Or se non è degna di pena ogni « azione contraria al diritto, ma solamente quella, per « cui apparisce necessaria la pena a conservare l'ordin « giuridico; sarà forza inferire, che dee soggiacere alla « pena quell'ingiusto disfiguramento della verità, contro « di cui non basta la coazione meramente civile, per con- « servare l'ordin giuridico. Se poi si chiede in quali casi « è necersaria la pena, si scorge di leggieri, che per so- « disfare a questa ricerca non bisogna guardare, se il « danno si possa, o no, risarcire, ma se l'azione, della « quale si tratta, comprometta l'ordin giuridico in guisa, « da render necessaria la pena per sostenerlo » (33). Questo argumento dice in sostanza, che *la frode non si punisce che quando è necessario, e che è necessario in tutti i casi, in cui è necessario.* Per lo che la quistione rimane così nello stato medesimo, in cui già si trovava.

(31) Conf. Martin Elem. p. 450. nota 12. Waechter Elem. II. p. 216. Henke Instit. III. p. 13. Preuschen Contribuzioni p. 23.

(32) Contribuzioni alla scienza del dir. crim., Vienna 1839, p. 69—73.

(33) Contribuzioni alla dottrina della frode punibile, p. 23. e seg.

Il lavoro migliore, che sia stato recentemente fatto intorno alla falsità ed alla frode, è certamente la citata memoria di Mittermaier, inserita negli annali di Demme per la giurisprudenza criminale. Rispetto ai limiti, che separano la frode civile dalla criminale, vi è indicata la regola seguente. La frode si dee riguardare come punibile solamente quando viene usata coazione alla facultà riconoscitiva del fraudato, cioè solamente allorchè i mezzi adoperati dal delinquente 1) o consistono in particolari apparecchi, in virtù de'quali taluno rende talmente credibili le sue menzogne, *da ingannare anche un uomo prudente;* o 2) quando la frode consiste in tali fallacie, che sieno *capaci d' illudere anche una persona prudente* (34). Contro queste proposizioni si può certamente osservare, che riesce malagevole il concepire; come il num. 1. contenga qualche cosa di diverso dal num. 2., onde potrebbe uno sentirsi tentato a giudicar tutto il passo per una mera tautologia, la quale apparisce tanto più straordinaria nella forma, qui adoperata, di contrapposto. Di più l'espressione *usar coazione alla facultà riconoscitiva* è molto infelice, e contradittoria all' idea dell' autore; avvegnachè sembri così ripetuta la nota teorica di Cucumus, che con la frode debb'esser fatta *violenza* all' altrui facultà riconoscitiva; e perciò, fintantochè Mittermaier non potrà indicare una differenza fra coazione e violenza intellettuale, gli si potranno opporre tutte le obiezioni, già sollevate contro di Cucumus. Prescindendo per altro, come faccio di buon grado, dai difetti esteriori d'un'espressione infelicemente trascelta, e di una forma piuttosto strana di pleonasmo; io reputo il principio qui espresso come il solo giusto: e la esposizione, che sono per fare, non sarà diretta a

(34) Annali di Demme t. VI. p. 17. e seg.

confutar la teorica di Mittermaier, che è pur quella dei tribunali inglesi e francesi, del pari che degli scrittori italiani, ma solo a dichiararla più precisamente, a fondarla più stabilmente dietro le sue relazioni diverse, ed anche a rettificarla in alcuni punti (35).

A sviluppare esattamente questa teorica, è necessario adesso considerare a parte a parte i diversi requisiti, che in generale si richiedono per la essenza di fatto della frode punibile. Qui si ricerca primieramente, se può considerarsi come obietto solamente la lesione di un dato diritto singolare, cioè di un diritto coattivo specialmente determinabile, o se piuttosto si dee giudicar sufficiente la lesione del diritto alla verità. La seconda opinione, che è stata difesa principalmente da Cucumus (36), conta seguaci autorevoli anche fra i più recenti criminalisti (37): ma alcuni antichi dottori ne mostrarono già il pericolo (38), e nuovamente fra i moderni Birnbaum e Mittermaier ne hanno provata la insussistenza con sì poderose ragioni (39), che io non stimo

(35) Nei libri comuni di elementi e d'instituzioni, o la nostra quistione non è sollevata, o è trattata molto fugacemente. Formano un'eccezione solamente Waechter ed Henke. Ma Waechter, seguitando anche qui la tendenza di tutta la sua opera, non esprime la propria opinione, e si limita a citare soltanto le teoriche degli altri (Elem. II. p. 213—218.) Henke all'opposto opina, che l'esistenza o non esistenza della qualità delittuosa nella frode si potrà per lo più desumere dall'indole dell'azione, dalle relazioni di persona, di luogo, e di tempo, dalle circostanze antecedenti, concomitanti, e susseguenti, e reputa quindi superfluo il penetrare più addentro nella materia (Osserv. al cod. pen. bav. t. II. p. 230).

(36) Programma cit. p. 1 e 29.

(37) Waechter Elem. II. p. 204. 216. 220. 240. Henke Instit. III p. 2—6. 22—25. Bauer Elem. §. 269. 271. 272. 274. Abegg Elem. §. 192. 197. 199.

(38) Esempigrazia Leyser Spec. 614. med. 7. 8.

(39) Birnbaum Archivio di dir. crim. an. 1834 num. 20 Mittermaier Annali di Demme t. VI. p. 11—13. V. anche Preuschen Contribuzioni p. 3—7.

necessario trattenermici più a lungo, per non ripetere gli argumenti degli altri. Per lo che io stabilisco il principio, che per parlare in genere di una frode punibile, si richiede anzi tutto, che la medesima non solo sia diretta contro l'asserto diritto alla verità, ma ancora contro un diritto singolare precisamente determinabile del fraudato. Anzi questo diritto debb'essere inoltre coattivo: e quando non sia tale, non si può discorrere della punizion della frode. Per questo motivo si dee dichiarare impunito il fatto di colui, che apre senza permissione le lettere d'un altro; sebbene antichi dottori (40), ed alcune moderne legislazioni (41) vogliano applicata una pena anche in questo caso. Ma secondo lo stato attuale della comune opinione, ognuno troverà certamente in sì fatto procedere la violazione del sentimento della convenienza e del decoro, ma non già un atto propriamente criminoso: per lo che un uomo, che ha mostrato in tal guisa di mancar totalmente di delicatezza, dovrà esser punito piuttosto col disprezzo, che con la carcere. Il diritto alla cognizione esclusiva del contenuto di una lettera (benchè potesse forse considerarsi altrimenti al tempo degli scrittori citati nella nota 40) riposa semplicemente sulle leggi del decoro: ma, non essendo coattivo, la sua violazione non si può riguardare come frode punibile (42). La cosa è certamente diversa, quando le lettere

(40) Clarus R. S. V. §. *falsum* num. 33. Farinacius *Praxis crim.* qu. 150. num. 114. et seq. Damhouder P. R. C. cap. 122. num. 19. Matthaeus *de crimin.* lib. 48. tit. 7. c. 1. n. 7. Boehmer *Medit. in C. C. C.* art. 112. §. 2. Cremani *de jure crim.* vol. II. p. 446.

(41) Dir. prov. pruss. par. II. tit. 20. §. 1370. Motivi del codice di Norvegia p. 332. Cod. pen. di Baviera art. 396. Cod. Greco art. 445. Cod. di Würtemberg art. 369. Progetto di Baden art. 498.

(42) Conf. Kleinschrod nell'ant. archivio di dir. crim. t.

vengano dissigillate da pubblici corrieri, da impiegati di posta, o da altre simili persone; perchè si ammette universalmente ancora oggidì, che almeno da questa parte competa ad ognuno un vero diritto coattivo all'inviolabilità del segreto epistolare: e perciò in simil caso si presenterà effettivamente una frode punibile (43).

Alcuni non si contentano di limitare la frode criminale alla sola violazione dei diritti propriamente coattivi, ma non si trovano poi d'accordo rispetto alle restrizioni ulteriori da farsi in questa materia. L'opinione degli antichi giuristi (44), ai quali si attiene anche il diritto provinciale prussiano (45), stimò, che una frode (come lo stellionato romano) potesse riguardarsi punibile, ognorachè la violazione contenesse un effettivo pregiudizio patrimoniale: ed anche Escher (46), che è il più recente scrittore della materia, si è dichiarato così. Ma che una sì fatta limitazione, per la quale rimarrebbero escluse dall'idea del nostro delitto tutte le fraudolenze, che si presentano così spesso relativamente allo stato di famiglia, alla supposizione del parto, al matrimonio, e simili, non si possa per alcun modo giustificare, fu già dimostrato abbastanza da Feuerbach (47), e concordemente riconosciuto da tutti gli scrittori successivi.

II. fasc. 1. p. 121. e seg. Cucumus Programma p. 118. Mittermaier sullo stato attuale della legislazione crim. Heidelberg 1825. p. 171. Tittmann Instit. II. p. 523. Waechter Elem. II. p. 232. Heffter Elem. §. 398. Abegg Elem. p. 296.

(43) Leyser *Spec.* 615. *med.* 10. Quistorp Principj di dir. pen. II. §. 407. nota *d.*

(44) V. Waechter Elem. II. p. 218.

(45) Parte II. tit. 20. sez. 15. *Code pénal* art. 405. conf. con la *loi du* 22. *Juillet* 1791. tit. 2. art. 35.

(46) Dottrina della frode punibile, p. 230.

(47) Critica del Progetto di Kleinschrod, parte III, p. 93—100.

si reca prima di lui al luogo stabilito, ed ottiene quanto era stato promesso all'altro, senza che la fanciulla si accorga del proprio errore. Qui pure non si può parlare di vera violazione di diritti patrimoniali, o di famiglia, e non ostante bisogna certamente dichiarar punibile il caso. Imperocchè, quantunque la fanciulla intendesse di non lasciare senza sodisfazione alcun desiderio del suo innamorato; ciò per altro dipendea solamente dalla sua volontà, e sussisteva pur sempre un pieno diritto coattivo ad esigere, che un terzo non vi entrasse di mezzo. E se nulladimeno un terzo vi si è frapposto, e, mediante un inganno intenzionalmente operato, è accaduto, che la fanciulla abbia concesso i suoi favori ad un individuo non chiamato; sono venuti a concorrere tutti i requisiti di una frode punibile (52). Avuto riguardo pertanto, a questi, e ad altri simili casi, io mi trovo obbligato a dichiararmi senza riserva contro la limitazione di Mittermaier, ed a fermare conseguentemente la regola, che per l'obietto della frode punibile si richiede soltanto la violazione di un diritto coattivo, qualunque ne sia la specie e la qualità. E questa regola, che si può riguardare come la *communis opinio* del nostro tempo, è riconosciuta per vera dai moderni scrittori (53), non meno che dai nuovi codici criminali (54).

(52) Forse il caso si può contemplare ancora da un altro punto di vista, cioè come Ingiuria, in quanto che il consenso è stato soltanto apparente, e viene conseguentemente a cessare la regola: *injuria in volentem fieri nequit*. Ma questo aspetto sarebbe sommamente artificioso, ed è molto più naturale riconoscer nel caso una frode.

(53) Tittmann Instit. III. p. 482. Grolman Principj §. 290. Feuerbach Elem. §. 412. Salchow Elem. §. 420. Martin Elem. §. 190. Heffter Elem. §. 382. Günther Vocab. giur. di Weiske t. II. p. 85.

(54) Cod. austr. §. 176. (V. Jenull Comment. par. II. p.

Il secondo ed il terzo requisito per la essenza di fatto della frode punibile esigono, che la violazion del diritto, di cui si tratta, sia stata eseguita per mezzo d'inganno, e d'inganno intenzionale. Ma poichè il requisito d'una malvagia intenzione, non ostante la contraria sentenza già difesa da Klien (55), è ora universalmente ricevuto; in vece di entrare ne' suoi particolari, mi volgerò immediatamente al requisito dell'inganno eseguito. E qui tosto si apre un'altra controversia; perocchè, sebbene si consenta per ogni parte, che per l'idea del nostro delitto sia sempre necessario un inganno effettivo, si disputa per altro, di quale specie e natura esso debba essere, affinchè si possa considerare l'azione, come una frode propriamente punibile. Delle opinioni di Kleinschrod, di Klien, di Cucumus, di Visini, e di Preuschen, in parte confutate da altri, in parte inesatte evidentemente, è stato già discorso di sopra; ond'io posso trapassare senz'altro allo sviluppo della mia propria idea, la quale, come ho già fatto cenno, concorda almeno nell'essenziale co'principj, seguitati in proposito dalla pratica de'tribunali inglesi e francesi, e recentemente riconosciuti per giusti ancora da Mittermaier (56).

La consuetudine forense d'Inghilterra parte dalla massima, che le semplici affermazioni, e le comuni menzogne non constituiscono alcuna frode punibile: ma che a questo effetto si richiegga sempre, che abbia avuto luogo l'inganno per via di certe astuzie artificiosamente applicate. Il principio, che dietro questa premessa si pianta, per determinare il limite, che separa la frode civile dalla

358). Cod. di Bav. art. 280. Cod. di Sassonia art. 245. Cod. di Wurtemberg art. 351.

(55) Nuovo archivio di dir. crim. I. p. 244—255.

(56) V. anche Escher Dottrina della frode, p. 158—160.

criminale, esige, che si consideri, se le azioni, di cui si disputa, sieno tali, che la prudenza e circospezione comune se ne potesse difendere, e che, quando no, debba aver luogo una pena (57). La stessa massima ha professato la corte di cassazione di Francia (58), ed in egual sentenza sono andati tutti i moderni scrittori francesi. Sembra, che ancora in Italia sia dominante questa teorica; in quanto che almeno il Carmignani, forse il più distinto dei viventi criminalisti italiani, si è ripetutamente dichiarato per la medesima. *Rectius dixeris, magnam et evidentem calliditatem eam esse, qua diligentissimus quisque decipi facile possit, adeo ut si de impostura agatur, quam quisque, vel levi adhibita diligentia, cognoscere potuerit, non stellionatus judicium extraordinarium concedendum erit, sed actio de dolo in judicio civili proponenda* (59). Ma per quanto questo principio, a cui ora rende omaggio anche Mittermaier (60), in generale appa-

(57) Hawkins Treatise of the pleas of the crown, 8. ed. London 1824. vol. II. p. 318. Russel Treatise on crimes and misdemeanors, 2. ed. London 1826—28. vol. II. p. 297. Tomlins Law-dictionary, 3. ed. London 1820, s. v. *Cheats*.

(58) « Considerant qu'il ne peut y avoir lieu à l'application de « l'article cité qu'autant qu'il a été fait emploi de moyens de nature « à compromettre la prudence et la sagacité ordinaires ». Arrêt du 13. Mars 1806. V. ancora Arrêts des 24 Avril 1807, 28 Mai 1808, 2 Août 1811, 7 Mars 1817, e Dalloz Jurisprudence générale du Royaume, t. VII. p. 553. 555. 558. 561. 565.

(59) Elem. jur. crim. II. §. 1064. E lo stesso scrittore nella teorica delle leggi della sicurezza sociale, Pisa 1831—32. t. II. p. 143. ha detto: « Ove l'offesa cadesse sul dritto di proprietà, e fosse « tale, che un' ordinaria prudenza avesse potuto evitarla, il rigor « della legge non potrebbe mischiarsene. Questa riflessione appli- « cata ad alcune specie di falso, a moltissime di stellionato, per « non parlare di altri delitti, mostrerebbe, che si giudica più spesso « con le regole della morale, che con quelle d' una vera politica « necessità ».

(60) A torto Mittermaier (Annali di Demme t. VI. p.

risca giusto; nella forma per altro, in cui è stato espresso finora, è troppo indeterminato, per fornire una guida sicura alla pratica, e, per un lato almeno, potrebbe pur meritare il rimprovero di falso. Quando in fatti, per distinguere la frode punibile dalla non punibile, si dee considerare, se il fraudato se ne potesse difendere, o no, facendo uso dell'ordinaria prudenza, sembra volersi stabilire una prudenza normale, che serva di modulo generale a decidere, se essa potesse, o no, riputarsi sufficiente a proteggere il diritto violato. Ma così si verrebbero a dichiarare affatto prive di tutela tutte quelle persone, che piene di fiducia, e di ottima volontà, non si possono elevare a quella ideata prudenza normale, e si abbandonerebbero in balia di qualunque mariuolo, che usasse l'avvedutezza di operare con apparente goffaggine. S'immagini in fatti con Günther (61) il caso seguente. A, cencioso accattone, si presenta a B, povero letterato, gli dice di essere lo scrivano del primo banchiere della città, e che il suo principale, trovandosi in gran bisogno di danaro, lo ha mandato a chiedergli un imprestito di dieci talleri. B è tanto semplice, da prestar fede alla frottola dell'accattone: risponde, che si stima onoratissimo di poter soccorrere con dieci talleri il ricco mercante, e li consegna al mariuolo, che subito li converte in proprio profitto. Che a difendersi da un'impostura di questa specie possa bastare la prudenza ordinaria, è evidente: ma se al povero let-

49). crede di poter ricorrere, per sostenere la sua opinione, alla L. 7. §. 10. D. *de dolo malo*; perchè il requisito qui espresso di una *magna et evidens calliditas* è contemporaneamente richiesto per l'azion civile *de dolo* (*nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari*), e così non può essere considerato come carattere, che distingua l'*actio de dolo* dall'*accusatio ex stellionatu*.

(61) Vocab. giurid. di Weiske t. II. p. 81.

terato mancava anche questa, e perciò egli è stato realmente frandato, niun tribunale tedesco penserebbe a trovare in tanta semplicità un motivo di assolvere il frodatore. Per questo motivo Mittermaier medesimo aggiugne alla sua teorica la necessaria modificazione, che la frode in generale apparisce punibile, ognorachè per l'indole personale di quello, contro cui è diretta, l'impostura fosse adattata ad effettuare l'inganno, e il frodatore contasse sulla natura, a lui ben nota, dell'altro (62).

Se non che la massima inglese e francese non solo si mostra, almeno da un lato, inesatta, ma ancora la forma, in cui d'ordinario si espone, potrebbe appena stimarsi conveniente. In fatti a tenore del generale principio, che la frode è punibile solamente allorchè non si può rimuovere con la prudenza ordinaria, sembra, che, anche quando si trattasse di un oggetto, in cui, secondo l'opinion generale del popolo, si presuppone una fiducia illimitata, fosse sempre necessaria una speciale investigazione per parte degl'interessati, e che non potesse aver luogo la punizione, ognorachè i medesimi sarebbero stati capaci a guarentirsi dalla frode, facendo uso di quel grado di circospezione, onde sono capaci: ma questa massima distruggerebbe il commercio civile, o renderebbe almeno impossibile alla maggior parte degli uomini una serie di affari, esempigrazia la compra delle pietre preziose, delle merci d'oro, e d'argento, e di altre consimili cose. Quivi per altro l'errore sta piuttosto nella forma, che nella sostanza; perocchè quando si dice, che la frode è punibile, ogni qual volta la prudenza ordinaria non basta a difenderne, si sottintende la dichiarazione, che nei casi, in cui, secondo la comune opinione, non suole aver luogo alcuna minuta indagine, non fa uso della prudenza ordi-

(62) Annali di Demme t. VI. p. 18.

naria neppure l'uomo circospetto, e che perciò dee riputarsi assolutamente punibile la frode, onde fu aggirato, appunto perchè non poteva esser tenuta lontana con la prudenza ordinaria. Ma per evitare il pericolo di ogni confusione anche nella forma, ed allontanare ad un tempo l'errore precedentemente notato, io credo opportuno, che la detta teorica si debba disciogliere nelle due regole seguenti. 1) La frode, sia grossolana o sottile, soggiace sempre alla pena, ognorachè il fraudato, secondo lo stato respettivo della pubblica opinion dominante, non poteva aspettarsi un inganno. 2) In tutti gli altri casi, ne'quali il fraudato doveva essere apparecchiato a un inganno, la frode può comunemente autorizzare lo sperimento di sole pretensioni civili, e dar luogo a un castigo, allorchè solamente fu eseguita in maniera, che, per le circostanze individuali del fraudato, si debba presumere, che egli, avuto riguardo alla prudenza da lui dimostrata in altre occasioni, non fosse in grado di penetrare l'inganno (63). Di qui risulta anzi tutto, che, quando si domanda, quali sieno le azioni meritevoli di esser considerate come frodi punibili, non si può rispondere in astratto, ma che, forse più che in qualunque altro delitto, la diversità dei popoli e dei tempi esercita un' influenza meravigliosa nella ri-

(63) Lungi dal richiedere una prudenza normale la penalità o l'impunità della frode si dee sempre desumere dall'indole individuale del fraudato; onde non solo si punisce talora l'impostura grossolana, ma ancora la sottile va qualche volta impunita, quando è diretta contro persona, che può esser creduta di particolare esperienza e circospezione. Questa medesima idea si trova espressa in Platone. *delle leggi*. XI. p. 916. « Chiunque vende ad un medico, o ad un « maestro di palestra, uno schiavo, affetto di malattia palese od oc- « culta, fisica o psicologica, vada impunito: ma se lo vende ad un « privato, che non si conosca gran fatto di quella merce, sia ri- « stretto in carcere per un mese ».

soluzione di tal controversia. Onde può di leggieri accadere, che un'azione, la quale, secondo le idee giuridiche di Germania, dee riputarsi punibile, si possa esimere da ogni pena (64) per le idee dominanti in altri paesi, le quali sieno diverse dalle nostre intorno al grado di buona fede, che uno si può aspettar di trovare nel comune commercio. Di più risulta dall'indole particolare di questo delitto, che quelle leggi tanto vagheggiate, che escludano qualunque arbitrio, ed assestino esattamente ogni caso, non si possono immaginare nella presente materia: ma che tutto dipende piuttosto dalle opinioni sempre variabili, che nascono e vivono nel popolo, e che perciò una legislazione, la quale forse pochi anni fa corrispondeva alle idee dominanti, debba considerarsi presentemente affatto inapplicabile. Inoltre conseguita ancora, che le così dette fonti del nostro diritto comune (fossero pure assai più compiute e complessive di quello che sono) potrebbero esercitare una pratica influenza immediata sulla nostra quistione solamente quando si dimostrasse, che le idee dei Romani e dei contemporanei di Schwarzenberg fossero in questo rispetto concordi con le nostre odierne, e che viceversa, quando si potesse provare il contrario, quelle norme legali non sarebbero da applicarsi oggidì. Ma se, tanto i frammenti delle collezioni giustinianee, quanto l'ordinanza di Carlo V, non riescono neppure a fornirci una chiara idea delle massime giuridiche d'allora intorno alla nostra quistione; dobbiamo riputare assai deplorabile la condizion di coloro, che, non

(64) Nella pratica inglese e francese si fa vedere bensì una dolcezza, che a nostro parere è veramente incomprensibile. Conf. Hawkins l. c. I. p. 319. Russel l. c. II. p. 293—297. Dalloz l. c. VII. p. 543. 550. 553. 554. 559. 564. Incomparabilmente più rigorosa è la pratica di Scozia. Conf. Hume *Commentaries on the law of Scotland*, 4. ed. Edinburgh 1829. vol. I. p. 172—177.

solo disprezzando lo spirito individuale (65), ma ignorando ancora l'intiero merito, e la vera importanza del nostro diritto comune, seguitano a difendere il più illimitato rigorismo legale, e senza considerare i progressi e le mutazioni, che ebbero luogo in virtù dell'andamento naturale della vita, e della cultura della scienza, pretenderebbero di applicare senza restrizione le disposizioni del diritto romano, e della Carolina (66).

I. Ora, per meglio fondare, e sviluppare più esattamente il mio principio, stimo opportuno di metterlo alla prova degli esempj. La prima delle regole di sopra enunciate, è questa. *La frode, sia grossolana, o sottile, è indefinitamente punibile, ognorachè il fraudato non poteva, secondo il tenore delle idee dominanti nel popolo, aspettarsi un inganno.* Applicando questa massima diremo, che qualunque frode nel giuoco, ancorchè si fosse potuta agevolmente scoprire (67), dee giudicarsi degna di pena. Imperocchè, sebbene per debiti di giuoco non si possa ammettere

(65) V. la mia memoria nell'archivio di dir. crim. anno 1836. p. 205—209., ed anche il mio programma *de confessionis effectu Turici* 1837. p. 10—14.

(66) Non mi è mai riuscito di leggere gli scritti di Feuerbach, campione primario del rigorismo legale, e specialmente le pagine 109—149, e 203—342 della parte I. della revisione, senza dubitar della buona fede di quel celebre criminalista. Per altro il principale suo scopo fu quello d'introdurre la riforma del diritto criminale per mezzo di una nuova legislazione: al che facea d'uopo mostrare l'assoluta inconvenienza delle leggi, che esistevano. E ciò naturalmente avvenne, tostochè gli riuscì di ricondurre i tribunali, tuttochè per breve tempo, alla letterale applicazione delle medesime. Non dunque l'interesse del diritto esistente, ma all'incontro il disegno di rovesciarlo, e di fermare i principj, che si doveano introdurre con la nuova legislazione, sembra avere inspirato questa parte della revisione.

(67) V. Annali di Demme t. V. p. 210—222. ed anche t. II. p. 397—414.

una propria azione civile, pure è regola abbastanza ferma del nostro diritto odierno, tanto comune, quanto particolare, non ostante il contrapposto delle leggi romane, che almeno la cosa perduta non si possa ripetere (68), e che il pagamento di una perdita antecedente si consideri come richiesto dall' onore: onde è qui certamente possibile un danneggiamento effettivo. E se così è, può veramente considerarsi per un'idea universalmente diffusa, che ogni giuocatore riponga illimitata fiducia nell'onoratezza delle persone, con le quali giuoca, e non si aspetti da loro alcuna frode. Per lo che, dove una frode sia commessa, bisogna stimare, che il fraudato non se ne potesse difendere, e che perciò sia necessaria contro di essa la comminazion di una pena, come si vede espressamente dichiarato dagli scrittori del diritto comune (69), e da parecchie legislazioni moderne (70).

Un' altra applicazione del posto principio si trova nella penalità della frode, quando si sia fatto uso di falsi *marchi di fabbrica*, di false *firme di negozianti*, di falsi *cartellini di merci* ec. Gli antichi dottori dichiararono illimitatamente punibili i casi di questa specie (71), ed hanno

(68) Conf. Danz Instit. di dir. germ. priv. II. p. 307. Eichorn Introduz. §. 110. Mittermaier Principj §. 298. Maurenbrecher Elem. §. 376. Philips Principj II p. 505. e seg. Dir. prov. pruss. par. I. tit. XI. §. 578. Cod. civ. austr. §. 1271. 1272. *Códe civil des Français* art. 1967.

(69) Tittmann Instit. II. p. 507. Salchow Elem. § 425. Martin Elem. p. 472. Bauer Elem. §. 279. Heffter Elem. §. 394. nota 2. Günther nel vocab. giurid. di Weiske II. p. 88. nota 6.

(70) Dir. prov. pruss. par. II. tit. XX. §. 1399. 1400. Cod. austr. §. 480. Cod. di Baviera art. 265. Motivi del codice di Norvegia p. 321.

(71) Farinac. qu. 150. n. 57. Damhouder cap. 123. n. 11. Carpzov qu. 93. n. 89.

fatto lo stesso alcuni scrittori (72) e codici moderni (73): ma l'uso del foro sembra essere un poco oscillante (74). Qui per altro è manifestamente necessaria una distinzione. O si tratta in fatti di cose, in cui il compratore, secondo l' usanza comune, non suol cercar altro che i marchi di fabbrica ec., per concludere il contratto; o si tratta di cose tali, che, ad onta di simili contrassegni, si sogliono prima esaminare. Nel primo caso, la frode apparisce punibile: nel secondo al contrario va immune da pena, in quanto non si debba altrimenti decidere in virtù della seconda regola. Seguita di qui, che ogni frode commessa per esempio con falsa segnatura sulle bottiglie di *Champagne*, collo scambio delle damigiane di acque minerali, con falsi titoli sui vasetti d'essenze, e simili, cadrà nella provincia del dritto criminale; perchè una diligente investigazione anteriore di sì fatte cose, non che difficile, è sovente impossibile: ma viceversa non si potrà parlare di pena all'occasione di falsi contrassegni su di cappelli di feltro, o di paglia, su di orologj, schioppi, cannocchiali, e simili; perchè non è il marchio, ma la qualità dell'oggetto, che determina a comperar tali cose (75). Non bisogna per altro lasciare inosservato, che la consuetudine ha introdotto in alcune materie certi costumi, per cui una frode, che a primo colpo d'occhio sembra punibile, fatta più diligente considerazione dee rimanere affatto immune

(72) Tittmann Instit. II. p. 516. Heffter Elem. §. 392. nota 5.

(73) Dir. prov. pruss. par. II. tit. XX. §. 1451. Cod. di Sassonia art. 252. Progetto di Baden §. 405.

(74) Conf. Hitzig giornale t. XVI. p. 1—5. Annali t. VII. p. 345—366. t. VIII. p. 3—19. Wendt Pratica della facoltà nelle cause criminali, Neustadt 1836. p. 342—360.

(75) Il dubbio è anche minore, quando il segno non è affatto determinato, o non è determinato come cosa primaria dal compratore, come accade del marchio di razza nei cavalli.

da pena. Così in molti luoghi, come riflette Günther, è consueto il vendere il tabacco da fumare in cartocci di un peso più leggiero, ciascun de' quali è di quattordici oncie, o di quattordici e mezzo. Così i mercanti spacciano tabacchi olandesi, liquori francesi, acciaj inglesi; ma il pubblico sa, che sotto quei titoli si debbono intender merci fabbricate e preparate secondo l'uso di què paesi (76). Ora in tal caso non si può, non ostante la contraria apparenza, affermare, che sia stato commesso un inganno coi contrassegni di fabbrica; perchè il compratore doveva antecedentemente sapere, qual giudizio era da farsi di essi. Laonde farà di mestieri, che egli imputi a sè medesimo, se non indagó con maggiore esattezza, e non potrà domandare l'applicazion della pena.

Assai più difficile di questa eccezione soltanto apparente della nostra regola è la quistione frequentemente agitata fra i moderni, con la quale si cerca, se commetta frode punibile uno scrittore, che apponga al suo libro il nome di un altro conosciuto scrittore (77). Qui si potrebbe dir certamente, che ogni compratore di libri suole antecedentemente informarsi del loro tenore, e dee perció imputare a sè stesso qualunque inganno, in cui gli avvenga d' incorrere. Ma dove si rifletta, che, se ciò dovrebbe accadere, non accade per altro effettivamente, e che appunto quelle persone, che sogliono acquistare moltissimi libri, come son per esempio i prefetti delle pubbliche biblioteche, i direttori dei gabinetti di lettura, e simili, non possono anteriormente esaminare il tenore dell'opere, ma sono costretti a provvederne un gran nu-

(76) Günther Vocab. giurid. di Weiske II. p. 96.

(77) Conf. Hitzig Giornale II. p. 405. 406. III. p. 194. 195. V. p. 465—470. VI. p. 450—460. XVI. p. 6—11. V. anche Richter Annali crit. per la scienza del dir. germ. anno 1839. p. 174.

mero sulla fede del solo nome dell' autore; risulta evidente, che i casi di questa specie, senza far differenza fra il vero nome e lo pseudonimo, debbono riportarsi sotto la regola generale, e che perciò una tal frode, come quella che non si poteva aspettare, e quindi nemmeno evitare, deve assolutameute riputarsi degna di pena.

Applicando ulteriormente il nostro principio apparisce, che ogni frode commessa da'giojellieri, dagli orefici, e dagli argentieri, del pari che la falsificazion di bevande e di comestibili con materie effettivamente dannose, dee dichiararsi punibile. Imperocchè, siccome il compratore comune non si trova in grado di riconoscere esattamente il vero costo delle pietre preziose, o l'intrinseco valore delle merci d'oro e d'argento; così da per tutto si è stabilita la pubblica opinione, che nell'acquisto di simili oggetti uno dee potersi fidare della lealtà di chi vende. E se questa fiducia è delusa, e si vende una pietra vile per preziosa, od oro di quaranta carati, come se fosse di ottanta, vuolsi applicare senza eccezione la pena, o la frode sia stata difficile, o facile a discoprirsi (78). Dee dirsi naturalmente lo stesso del caso, in cui taluno ordini ad un orefice o ad un argentiere lavori d' oro o d' argento di una determinata qualità, e non li riceva sinceri; od in cui dia ad accomodare oggetti consimili, ed uno smeraldo od uno zaffiro mancante venga supplito con un pezzo di cristallo colorito, od alcuni anelli rotti d'una catena d'oro vengano rifatti d'ottone (79). La stessa ragione produce ancora la penalità delle falsificazioni di bevande e di cibi con materie nocive, come fu

(78) Conf. Cod. greco art. 399. Progetto di Baden art. 412. 413.

(79) Paul. Rec. Sent. V. 25. §. 5. L. 9. pr. D. *de L. Corn. de fals.* Conf. Damhouder *Pract. rer. crim.* cap. 123. n. 12. 13. Harpprecht *Diss. de crim. stellion.* n. 152.

già espressamente dichiarato da diverse leggi imperiali (80), e come anche i codici moderni sogliono in precisi termini stabilire (81). Quantunque in fatti la falsificazione con materie innocue, esempigrazia la mistione del vino con l'acqua, e simili, si riponga tra i fatti più comuni del commercio e della vita, e perciò si possa con maggiore o minore verisimiglianza prevedere, ed ogni frode di questa specie non debba riferirsi sotto questo capo, ma piuttosto sotto la seconda delle accennate regole, ed a tenore di essa bisogni giudicare, se sià punibile, o no; è per altro evidente, che le falsificazioni realmente dannose non si aspettano da veruno, e che per conseguenza, ogni qual volta avvengano, si debbono assolutamente colpire di pena. Del resto è chiaro di per sè, che la pena, a forma del nostro principio, non dee solamente applicarsi, quando le sustanze nocive sono state apprestate, ma naturalmente anche quando hanno servito in genere ad una frode. Si dica lo stesso della vendita della carne di bestie ammalate (82). Anzi, postochè la frode si commetta con la vendita di bestie, che il venditore sapeva essere infette di malattie pericolose, o contagiose, dee sempre aver luogo la pena, perchè i compratori non possono certamente conoscerle (83).

(80) Conf. Quistorp Principj II. §. 413. Tittmann Instit. II, §. 508. Grolman Principj §. 323. Salchow Elem. §. 423. Heffter Elem. §. 474. Rosshirt storia e sistema ec. III. p. 46. V. anche Visini Contribuziuni alla scienza del dir. crim. I. p. 101.

(81) Dir. prov. pruss. par. II. tit. XX. §. 1443. Cod. austr. par II. §. 156—160. Cod. di Bav. art. 265. Cod. greco art. 582. 583.

(82) Tittman II. p. 517. Rosshirt Storia e sistema ec. III, p. 182. Conf. anche Werner nel nuovo archivio di dir. crim. t. V. fasc. 1. p. 53—71.

(83) Conf. Motivi del codice di Norvegia, p. 315.

Per dimostrar che la frode, senza badare alla qualità grossolana o sottile dei mezzi adoperati, debb' esser punita, ognorachè dietro l' opinione del tempo non sia dato presumerla, si possono moltiplicare gli esempj a piacere. Io mi faccio fare un vestito, ed il sarto v'impiega scientemente del panno, tinto con materia così cattiva, che in pochi giorni mi si scolora: o compro un libro, e poi trovo, che la carta è sì frolla, che i fogli non si posson voltare senza lacerarli: o mi faccio fare un'obbligazione da un debitore, nella quale egli fa uso di un tale inchiostro, che in poco tempo si stinge senza lasciar traccia di sè (84). Per decidere, che in tutti questi, ed in simili casi, si presenta veramente la frode punibile, non occorrono prove ulteriori, tostochè si faccia sempre attenzione alla regola generale; ond'io mi astengo a bella posta da qualunque altra esemplificazione.

Ma qui, per separare la frode civile dalla criminale, si solleva una quistione importante, con la quale si cerca, se qualunque danneggiamento fraudolento basti a render punibile la frode, o se si richieda piuttosto, che il medesimo arrivi ad una certa quantità. D'ordinario si è soliti di lasciare affatto inosservato questo punto: ed i pochi, che lo toccano, credono comunemente di doversi attenere alla sola analogia dell'*actio de dolo*, e che perciò la pena sia applicabile nel solo caso, in cui il danneggiamento

(84) Un altro esempio, che secondo l' opinione romana si riferisce a questo capo, ce lo forniscono le moltiplici fraudolenze relative all' ipoteca. L. 16. §. 1. D. *de pigner act* L. 3. §. 1. *Stellion.* L. 1. 2. 4. Cod. *de crim. stellion.* Conf. Mattai *Diss. de stellionatu* p. 12—19. Ma questi casi erano stellionati pei Romani, perchè tutto il diritto ipotecario era presso di loro appoggiato alla presupposizione della scambievole confidenza; mentre, secondo le idee giuridiche odierne, i detti casi si debbono giudicare a tenore della seconda delle regole piantate di sopra.

arrivi almeno a due *aurei* (85). Ma Günther osserva all'incontro, che la consuetudine forense non si lascia vincolare da questo principio, e decreta frequentemente la pena, ancorchè il danno sofferto dal fraudato non giunga alla somma di due *aurei* (86). A senso mio la decisione di questa disputa è semplicissima, e vuolsi dedurre dallo stesso principio, in grazia del quale si distingue la frode civile dalla criminale. È manifesto in fatti, che qui pure tutto dipende dall'idea popolare predominante, cioè dal vedere, se la pubblica opinione del tempo giudichi tanto rilevante il danno arrecato, che niuno se lo possa aspettare, o se stimi piuttosto, che il fraudato avrebbe dovuto essere apparecchiato a quella perdita, e che perciò gli bisogni comportarla. Col qual principio non si può certamente risolvere la quistione una volta per sempre, nè precisamente a soldi e denari (87): ma da esso risulta per altro, che, per dichiarar punibile la frode, si presuppone sempre un certo danno, tuttochè di non grave importanza, e che, se il pregiudizio fu insignificante, si debbono riputar sufficienti le pretensioni civili, o sia luogo a sperimentare l'*actio de dolo*, o l'*actio in factum*. E questo riguardo ad una certa quantità del danno arrecato è di tanto momento, che bisogna stabilirla esattamente da

(85) Conf. Menochius *de arbitrar. judic. quaest.* L. II. cas. 306. n. 36. Bajardus *ad Jul.* Clarum §. falsum n. 286—289. Farinac. *Prax. rer. crim.* qu. 150. n. 111. Rosshirt Elem. §. 245. nota 12. Heffter Elem. §. 394. nota 4.

(86) Gunther nel vocabol. giurid. di Welske II. p. 91.

(87) Si comprende di per sè, che quando non è stato offeso un diritto patrimoniale, ma un qualche altro diritto coattivo, dee valere la stessa considerazione, tuttochè allora sia certamente maggiore la latitudine dell'arbitrio giudiciale. Günther (l. c. p. 91.) cita, come esempio d'impunità per la leggierezza del danno arrecato, il caso, in cui taluno si approfitti dell'errore d'una fanciulla, che nelle tenebre lo pigli pel proprio amante ad effetto di farle e di riceverne delle carezze, senza per altro arrecare una vera lesione al pudore di lei.

per tutto: onde fa d'uopo dichiarare per questo rispetto immuni da pena molte azioni, che a tenore de'nostri principj dovrebbero altresì considerarsi punibili (88).

II. La seconda regola, a cui adesso ci rivolgiamo, è così concepita: « *In tutti i casi, ne' quali il fraudato doveva essere apparecchiato a un inganno, non sono comunemente esperibili che pretensioni civili, e la pena ha luogo solamente allorchè la frode fu tale, che dall'indole individuale del danneggiato si debba desumere, che egli, avuto riguardo alla prudenza da lui dimostrata in altre occasioni, non fosse in grado di penetrare l'inganno e di difendersene* ». Seguita da ciò, che ogni qual volta si tratta di una frode, la quale secondo il consueto degli uomini si può con più o meno di verisimiglianza prevedere, non basta, per applicare la pena, che taluno sia stato fraudato, ma si richiede inoltre, che questi, avuto riguardo alla sua personalità, non fosse in grado di evitare il laccio tesogli: e viceversa che in tutti quei casi in cui il fraudato, purchè avesse fatto uso della prudenza, che suole adoperare, si sarebbe potuto difendere, non si faccia luogo alla pena, ma solamente a sperimentar pretensioni di civile risarcimento. Potrebbe credersi forse, che la rigorosa applicazione di questa regola esigesse una vera e propria *exploratio mentis:* ma io mi debbo premunire nel modo più positivo contro questa deduzione. Imperocchè, sebbene io mi sia superiormente manifestato contrario a quella

(88) I moderni codici penali serbano un silenzio assoluto in questo punto: e secondo le rigide espressioni di alcuni (V. il cod. di Sassonia art. 246 « *la frode fuori de' contratti è sempre punibile* ») si dovrebbe credere, che si facesse luogo ad aprire un processo criminale anche a motivo del pregiudizio di un denaro. Ma fortunatamente si sperimenta anche qui l'antica massima, che lo stato giuridico di una nazione non è determinato dalle leggi, che le sono date, ma dalle idee, che sono viventi ed operative in mezzo alla medesima.

prudenza normale, posta principalmente dall'uso forense inglese (89) a misura di tutti i casi, è facile d'altra parte ad intendere, che, prescindendo da poche eccezioni, che possono stare così al di sopra, come al di sotto del livello ordinario, e render necessario un esame speciale dell'individuo fraudato, è dato attenersi ad una specie di giusto mezzo, alla cui esatta determinazione si giugnerà con una pratica razionale, che renderà superflua l'esplorazione delle forze intellettuali del circonvenuto. Io discendo dunque anche qui a considerare alcuni esempj, e mi confido di poter mettere per questo mezzo in più chiara luce la mia dottrina.

Volgiamo prima di tutto l'attenzione ad un caso, già proposto da Feuerbach (90). Taluno giura perpetuo amore ad una donzella, e le promette di torla per moglie, millantando grandi ricchezze, e sostenendo le sue millantazioni con documenti credibili: ma pone per condizione al matrimonio una copula illecita. Gli riesce di soperchiar la fanciulla, e tosto l'abbandona. Secondo il disposto di molti codici moderni (91) qui dee trovar luogo indistintamente la pena: ma, dove si rifletta, che i casi di questa specie sono disgraziatamente quotidiani, e che

(89) La corte di cassazione di Francia rese omaggio alla giusta massima nel decreto seguente: « Attendu que si les demandes de « Froment ont été, á leur égard, une manoeuvre frauduleuse prati- « quée de concert avec ladite Dupont, pour les engager à l'achat des « bjoux et parures, dont il s' agit, cette manoeuvre n'a pu constituer « un abus de crédulité, parce qu'elle n'était pas de nature à tromper « la prévoyance ordinaire du commun des hommes, *et moins encore* « *la prudence et la réflexion, qui doivent diriger des négocians* « *dans leurs opérations de commerce*. Arrêt du 2 Août 1811. V. Dalloz l. c. t. VII. p. 561.

(90) Critica del progetto di Kleinschrod par. III. p. 103.

(91) Cod. di Bav. art. 375. 386. Cod. di Sass. art. 266. Cod. di Württemb. art. 374. V. anche Günther nel vocabol. giurid. di Weiske II. p. 83. nota 4.

appunto dalla richiesta di una copula illecita si riconosce l'impurità dell'intenzione, non dubiteremo di dire, che ogni fanciulla, la quale possegga la più comunale esperienza, dee temere l'inganno e potersene guarentire, e, quando faccia altrimenti, deve imputare a sè stessa la propria credulità, e non domandare la punizione del seduttore (92). Solamente quando la donzella, a motivo delle sue circostanze particolari, esempigrazia perchè è uscita di convento da pochi giorni, fosse affatto ignara degli andamenti del mondo, si potrebbe, a tenore della nostra regola, decretar per eccezione una pena.

Si dica lo stesso di chiunque per mezzo d'imposture e di splendide aspettative inducesse una donna a contrar matrimonio con lui. Imperocchè anche simili vantamenti di esser più ricco, che uno non è, di appartenere ad una condizione più elevata della reale, o di avere una dignità che non si possiede, sono da riguardarsi come giornalieri tra fidanzata e fidanzato, e possono così poco offrir motivo di punizione, come la premura di comparire agli occhi del futuro coniuge in un aspetto migliore del naturale.

Una quistione di speciale importanza pratica è quella, con cui si domanda, se debba ammettersi una frode punibile anche quando nel giudizio civile una parte scientemente assevera fatti falsi, o nega fatti veri, e con questo mezzo riesce per lo meno a prolungare la lite. A sì fatta ricerca, la quale da alcuni dottori (93) fu risoluta per l'affermativa, fa d'uopo, a tenore dei nostri principj, rispondere negativamente. È palese in fatti, come fu già

(92) Nel progetto di codice penale per Baden si è ragionevolmente tralasciato di far menzione di questo caso.

(93) Leyser Spec. 615. med. 23. Klien nel nuovo archivio di dir. crim. I. p. 149. 150. Puchta Contribuzioni per la legislazione e per la pratica, Erlangen 1822. to. I. p. 288.

ottimamente notato da Mittermaier (94), che sarebbe una pretensione soverchia, la quale mostrerebbe ignoranza dell'indole di una controversia, l'esigere dalle parti contendenti, che deponessero le loro armi. Ciò sarebbe lo stesso che presupporre una virtù veramente eroica, la quale non si può pretendere da veruno nella vita comune, e che niuna delle parti si confida di ritrovare in una lite. Ed appunto perchè non v'è alcuno, che vi faccia sopra i suoi conti, anzi ciascuno si aspetta di queste menzogne, e, se non è un cittadino dell'isola *Utopia*, se le deve aspettare, non si potrà parlare di sottoporle ad una punizione. Per dimostrare il contrario si è avuto qualche volta ricorso alle *poenae infitiationis* del diritto romano: ma, prescindendo dall'osservare, che sono uscite da lungo tempo fuor d'uso nella pratica, da esse risulta semplicemente, che in simil caso avean luogo appresso i Romani certi pregiudizj di mero diritto privato, e non mai pene propriamente dette (95); onde ne rimane piuttosto confortato che indebolito il nostro principio (96). L'unico passo del diritto romano, che si potrebbe addurre contro l'impunità di tali menzogne, è la L. 5. Cod. *Si contra jus, vel utilitatem, vel per mendacium fuerit aliquid postulatum*: ma l'intiera connessione di questo testo prova evidentemente, che il medesimo non si riferisce al processo civile ordinario, ma a quel processo, che Hollweg ha chiamato di rescritto (*Rescripts process*) (97), onde

(94) Processo civile secondo il dir. com. germ. 2. ediz. to. I. p. 121—129. V. anche Reiberitz Idea d'un ordine giudiciario, Berlino 1815. par. I. p. 216. Al contrario Puchta l. c. to. I. p. 282—289.

(95) Conf. Glück Dichiarazione delle Pandette par. VI. p. 182—184. Martin Elem. di procedura civile §. 39. Linde Elem. di proc. civ. §. 118. nota 5. Bayer Esposizioni di proc. civ. p. 35.

(96) V. anche Waechter Elem. II. p. 236—238.

(97) Conf. Bethmann Hollweg Instit. di procedura civ. to. I. p. 399—402.

la legge ha cessato di essere applicabile fino da quando il nostro sistema di procedura si discostò da quei particolari del procedimento romano (98). Del resto l'opinione degli scrittori moderni si è manifestata così decisamente per l'impunità di tutte le asseverazioni di questa fatta nel giudizio civile (99), che oggidì la controversia può dirsi veramente terminata (100).

Un esempio molto opportuno per illustrare la nostra secondo regola, e metterne alla prova la giustezza, ce lo forniscono quelle moltiplici fraudolenze, che nella vita comune accadono tuttodì nei contratti. A tenore del diritto romano si procedè con grande indulgenza nel punire i casi di questa specie (101): ed anche i nostri codici moderni concordano pienamente in questa massima (102). La ragione di tale unanimità consiste certamente nel sapersi, che nei contratti ciascheduno dee stare apparecchiato agl'inganni della parte, con la quale contrae, e che perciò, fintantochè i medesimi non sieno di natura

(98) Conf. Menochius *de arbitrar. jud. quaest* L. II. cas. 314. Harpprecht *Diss. de crim. stellion.* n. 102—109.

(99) Gönner Osserv. al cod. di Bav. to. II. p. 231. Bauer Elem. §. 269. nota c. Heffter Elem. §. 384. nota 2. Krug Studj per l'interpretazione e per l'applicazione del cod. crim. di Sassonia par. II. p. 128. Günther Vocabol. giurid. di Weiske to. II. p. 87. Escher Dottrina della frode p. 206—210.

(100) Tutto ciò naturalmente si deve intendere delle affermazioni e menzogne semplici; perocchè ogni qual volta una parte non si sia contentata di queste, ma abbia effettivamente prodotto documenti falsi o falsificati, dee sempre aver luogo una pena, e precisamente quella della falsità. L. 31. D. *de L. Corn. de falsis.*

(101) L. 16. §. 4. D. *de minor.* L. 43. D. *de contrah emt.* L. 22. §. 3. D. *locati.* L. 43. §. 3. L. 52. §. 15. D. *de furtis.*

(102) Cod. di Bav. art. 259. 260. Cod. di Grecia art. 397. Cod. di Sassonia art. 246. Cod. di Würtemb. art. 352. Progetto di Baden art. 411. Intorno all'insufficienza di queste disposizioni. V. Mittermaier Annali di Demme to. VI. p. 24—27. Schüler Contribuzione alla critica del cod. crim. per la Sassonia. p. 85.

straordinariamente sottile e difficile a penetrarsi, fa d'uopo comportare il pregiudizio sofferto. È in fatti evidente e generalmente riconosciuto, che le lodi dei mercanti rispetto alla bontà ed alla durata delle loro merci, le asserzioni de'vinaj intorno all'origine ed agli anni del loro vino, le assicurazioni dei negozianti di cose d'arte rispetto all'autore d'un quadro, le asseverazioni degli antiquarj intorno alla sincerità d'un'anticaglia, e simili, debbono considerarsi immuni da pena; perchè in tutte queste circostanze niuno si può prudentemente aspettare di udire la verità, e perciò deve imputare alla propria credulità l'inganno, in cui gli avvenne d'incorrere (103). Ma la cosa va ben altrimenti, allorchè la frode, sebbene in generale si potesse prevedere, fu per altro commessa nel caso particolare con sì straordinaria sottigliezza, che il fraudato, per le condizioni individuali della sua persona, non la potè affatto riconoscere, nè allontanare. Ci somministra un esempio di questa specie quello che Livio narra di M. Postumio, che nella sua qualità di publicano si rese reiteratamente colpevole, per mezzo di un finto naufragio, delle fraudi più sottili rispetto alle forniture dell'esercito (104). Cicerone racconta il caso di un certo Pitio, che circonvenne C. Canio cavalier romano, desideroso di comprare una villa nelle vicinanze di Siracusa, facendogli trovare accanto al giardino una moltitudine di pescatori, e dandogli ad intendere, che quella marina, dove non pescava mai alcuno, fosse la più fruttuosa di

(103) *Laudat venales, qui vult extrudere, merces.* Horat. epist. II. 2. 11. Gönner Osserv. al cod. di Baviera, to. II. p. 245. 246. Klien Nuovo Archivio di dir. crim. I. p. 154. 155. Oersted Esame del progetto di un nuovo cod. pen. per la Baviera, p. 357. 359. Mittermaier, Elem. di Feuerbach §. 412. nota 3. Escher, Dottrina della frode, p. 111. 112.

(104) Livius XXV. 3.

pesca fra tutti i contorni della città, ed inducendolo così a pagare un prezzo ingente (105). Un altro esempio di grande importanza ci vien fornito da una causa agitata pochi anni sono in Parigi, contro Cleemann e compagni, come fondatori di una società per la escavazione delle miniere di *Saint Berain*, e *Saint Leger*. I numerosi azionisti furono maestrevolmente trappolati da un mendace prospetto degl'impresarj, dalle lusinghiere informazioni dei giornali, e specialmente dalla fraudolenta perizia di un pubblico ingegnere, per la somma di 324,500 franchi (106). In tutti questi casi deve intervenire, a motivo dell'astuzia e sottigliezza dei mezzi adoperati, una punizione, purchè da circostanze affatto particolari non si possa desumere, che il fraudato, a tenore della circospezione e prudenza da lui dimostrata in tutte le altre occasioni, sarebbe stato in grado di difendersi. E quando Preuschen afferma, che nel secondo dei riferiti casi non possa aver luogo alcuna pena (107), ciò dee riputarsi inesatto, a meno che non si potesse provare, che la prudenza di C. Canio fosse più che comune e veramente straordinaria. Non dee per altro trapassarsi in silenzio, che, a riguardo almeno di certe astuzie nei contratti, e specialmente di cavalli, la pubblica opinione ha stabilito per eccezione, che debbono riputarsi immuni da pena quelle frodi, che non si possono affatto discoprire, o solamente con un grado di cognizione, a cui pervengono pochissimi. Accade frequentemente, che dei cavalli vecchi, artificiosamente accomodati

(105) Cic. de off. III. 14.

(106) *Gazette des tribunaux des* 21—24 *Juin*, 17—23 *Août* 1838. Un caso simile relativo alle miniere si trova nella *gazette des trib. des* 16. 17. 20. 23. *Mars* 1839. V. altri esempj di questa specie in Escher Dottrina della frode p. 138—191. Conf. Russell *Crimes and misdemeanors* vol. II. p. 123—126.

(107) Preuschen Contrib. alla dottrina della frode p. 25, nota V.

nei denti incisivi, onde specialmente si riconosce l'età di questi animali, sieno spacciati per giovani, senza che venga in mente ad alcuno di domandare la punizion della frode. Onde si può dire, che in simili contratti la pubblica opinione ammette per finzione giuridica, che ogni contraente possegga il grado supremo di esperienza e di perizia, e debba perciò incolpare sè stesso, se in qualche caso non si servì della sua particolar cognizione (108).

Del resto, prescindendo da questi casi di eccezione, nelle frodi, che accadono ne' contratti, fa di mestieri aver sempre riguardo all' individualità del fraudato, e perciò decretare una pena, ognorachè risulti, che la persona circonvenuta non sia stata in grado di penetrare il tesole inganno. Io qui richiamerò l'attenzione principalmente a quel tranello, conosciuto appresso i Romani sotto il nome di *venditio fumi* (109), per cui il frodatore, pretessendo di avere una particolare influenza su di persone di alta sfera, piglia danaro da altri per loro procurare un qualche vantaggio, esempigrazia la collazion d' un impiego, o, come accade più sovente oggidì, per esimerli dalla carcere, dalla coscrizione, e simili altre gravezze (110). Imperocchè, sebbene una corte francese

(108) Vi sono viceversa dei contratti, che secondo l'opinion generale presuppongono la più illimitata fiducia, e nei quali si dee punire anche la frode più grossolana, a tenore della nostra prima regola. Ne ho citato di sopra un esempio nelle contrattazioni, che si fanno co' giojellieri, con gli orefici ec V. anche Meister Osservazioni pratiche di diritto crim. e civ. t. I. p. 197—207.

(109) Capitolinus *Antoninus Pius* c. 11. Lampridius *Heliogabal.* c. 15. *Alexand. Sever.* c. 23. 36. Conf. Paul. *Rec. Sent.* V. 25. 13. A ciò si riferisce l'epigramma di Marziale IV. 5. 7. *Vendere nec vanos circum palatia fumos.* Che la *venditio fumi* debba riputarsi una specie dello stellionato romano, lo mostra Pernice, *Diss. de furum genere, quod directar. nom.* ec. *accedunt de fumi venditoribus observationes* Gotting. p. 50. V. anche Madai *Diss. de stellionatu*, p. 27.

(110) Hume Comment. on the law of Scotland, vol. I. p. 174.

abbia detto, che una tale influenza non è escogitabile, *parce qu'il est impossible de croire, qu'un simple particulier puisse avoir quelque influence sur l'esprit des juges*, e che perciò non è dato parlare d'un inganno punibile (111); bisogna contemplar d'altra parte la personalità de' fraudati: e, se questi, come d'ordinario accade, sono individui, che per la loro posizione e maniera di vivere non hanno modo d'intendersi dell'affare, onde si tratta, e presupposero per lo meno la possibilità di quella influenza; fa d'uopo, a tenore della nostra regola, applicare senz'altro la pena della frode (112).

Anche più chiara apparisce la necessità di aver riguardo all'individuo danneggiato nelle fraudolenze commesse per via d'incantesimo, di scongiuro di spiriti, d'alchimia, d'invenzion di tesori, di predizioni, e simili. Che le disposizioni delle nostre fonti del diritto comune, le quali presupposero, secondo le idee di que'tempi (113), la possibilità di simili arti (114), e ne riguardarono generalmente l'esercizio come delitto degno di morte (115),

Carnot Comment. sur le côde pènal, t. II. p. 323. Hohnhorst, Annali della corte di Mannheim, an. 1826. p. 142—165.

(111) La sentenza fu cassata con l'*Arrêt du* 28 *Mars* 1812. V. Dalloz l. c. t. VII. p. 562—563.

(112) Tittmann Instit. II. p. 493. Waechter Elem. II. p. 493. Abegg Elem. p. 618. Mittermaier Elem. di Feuerbach §. 181 nota 1.

(113) Conf. Jarcke Instit. II. p. 48—61. Rosshirt storia e sistema ec. III. p. 150—153.

(114) È noto, che i Romani instruiti pensavano altrimenti. Conf. Cic. *de nat. deor.* I. 26. *de devinat.* II. 24. Seneca Natural. quaest. IV. 7. Plinius *Nat. Hist.* XXX. 1. et seq. Horat. *Satyr*, I. 8. 23. seq. Juvenal. *sat.* VI. 511. seq.

(115) C. C. C. art. 109. Paul. *Rec. Sent.* V. 23. §. 15—18. L. 13. D. *ad L. Corn. de sic.* L. 30 D. *de poenis.* L. 9. Cod. theod. *de paganis.* L. 2. Cod. Just. eod. L. 3—7. Cod. theod. *de maleficis*, L. 4—7. Cod. Just. eod. V. Tacit. Annal. II. 32.

non si possono oramai più applicare, ma che piuttosto tutte queste azioni si debbano considerare come specie particolari di frode, è oggidì riconosciuto tanto dalla scienza, quanto dai codici moderni (116). Si potrebbe opporre, che nello stato presente di civiltà è difficile immaginare, che alcuno si lasci illudere da simili gherminelle: ma siccome l'esperienza dimostra, che ciò non ostante i casi di questa specie sono abbastanza frequenti (117), così non è da dubitare, che appunto a motivo dell'angusto intelletto de'fraudati debba anche in questi casi aver luogo effettivamente una pena (118). Un'eccezione sarebbe da farsi solamente quando dall'intiera personalità dell'ingannato si potesse dedurre, che egli, sebbene convinto in generale della fatuità di quegli atti, fosse stato circonvenuto per propria colpa. Ma in tutti questi casi è di speciale importanza l'osservazione fatta di sopra, che nelle frodi di tenuissimo momento si dilegua ogni penalità. Laonde nelle cure simpatiche, nell'interpretazione de'sogni, e nel tiro delle carte per indovinar la fortuna, comechè si tratta di una meschina mercede, sarà impossibile il più delle volte la persecuzion criminale della frode, sebbene concorrano tutti gli altri requisiti della penalità (119).

(116) Dir. prov. pruss. par. II. tit. XX. §. 1402 Cod. aust. §. 180. (Jenull Comment. par. II. p. 369.) Cod. di Bav. art. 263. Cod. greco art. 399. Cod. di Württemb. art. 353.

(117) V. Klien Annali t. IV. p. 3—12. t. IX. p. 363—378. Gazette de tribunaux du 1. Mars 1839.

(118) Si presuppone sempre, che il preteso incantatore scongiuratore ec. avesse la coscienza della falsità dell'arte propria; perocchè nel caso contrario sarebbe luogo ad applicare dei provvedimenti di polizia, ma non già una pena propriamente detta. Tittmann Instit. II. p. 496. Henke Instit. III. p. 66. Paul Rec. Sent. I. 12. §. 3. « *Qui falsum nesciens allegavit, falsi poena non tenetur.* »

(119) Annali di legislaz. e di giurisprud. per la Baviera, com-

Meritano una speciale attenzione le furberie de' mendicanti (120). È riconosciuto universalmente, che questi, contro di cui sono sempre applicabili i provvedimenti di polizia (121), non possono considerarsi come veri e proprj frodatori, quando le menzogne, da essi spacciate, di sciagure, di malattie, e simili, benchè non sieno affatto vaghe e indeterminate, ma si riferiscano ancora a fatti speciali d' incendj, di grandinate, di rapinamenti, consistano per altro in asserzioni meramente generali, e non si aggirino su di alcuna circostanza particolare (122). Il che risulta ancora dalla nostra regola; avvegnachè non vi sia alcuno, che soglia dar peso a sì fatte imposture. Ma la cosa è ben diversa, quando tali menzogne, o per loro natura (esempigrazia nella simulazione della cecità, o della sordità), o per via degli addotti particolari (esempigrazia nel racconto di tutte le circostanze d'una sofferta rapina), sieno di tal indole, che l' uomo il più circospetto possa rimanere ingannato: nel qual caso si

pilati da Gönner e da Schmidtlein t. I. p. 253—260. Escher Dottrina della frode, p. 103. 108.

(120) Che per via della mendicanza, che induce ingiustamente ad una donazione, si possa commettere una frode nelle relazioni contrattuali, è proposizione, che non abbisogna di prova. Waechter Elem. II. p. 240.

(121) L. un. Cod. theod. *de mendicant. non inval*. L. un. Cod. just. *de mendicant. validis*. Nov. 80. cap. 5. Côde pénal art. 274. 276. Cod. austr. par. II. §. 261. 262. Cod. greco art. 662. 663. Progetto di Baden art. 587-590. V. anche Platone *delle leggi* XI. p. 936. « In mezzo a noi non si comportino pitocchi. Se taluno andasse « accattando con insistenti preghiere, sia cacciato dal foro, dalla « città, dalla campagna, affinchè il territorio rimanga onninamente « purgato da sì fatto animale ».

(122) Annali di legislaz. e giurisprud. per la Baviera compilati da Gönner e da Schmidtlein t. I. p. 264—266. Krug Studj per l'interpretazione e per l'applicazione del cod. crim. di Sassonia. par. II. p. 126. Mittermaier Elem. di Feuerbach §. 442. nota 5.

fatte fraudolenze, ognorachè non si potessero discoprire, o non si potessero almeno con quella prudenza, che si suole in simili incontri applicare, si dovrebbero certamente punire (123). E per la stessa ragione ripuleremo punibile la frode, quando i mendicanti, per sostenere le proprie asserzioni, esibiscano certificati scritti, o intraprendano collette a nome di stabilimenti di beneficenza, dai quali non abbiano ricevuto alcuna incumbenza, e con animo di convertire in proprio vantaggio i danari, che raccolgono (124). Si possono ancora figurare dei casi, in cui il semplice mendicare, anche senza bisogno di aver riguardo alle imposture usate, meriti pena, perchè a motivo delle circostanze particolari niuno sospetta un inganno: nel qual caso non viene in applicazione la seconda, ma bensì la prima delle nostre regole. Di che si ebbero tempo fa frequentissimi esempj, quando molti individui dell'uno e dell'altro sesso andavano girando sotto il nome di sciagurati Polacchi, e velando così la loro vagabondità si approfittavano della compassione eccitata dai casi miserandi della loro supposta patria.

Oltre alle frandolenze, che intervengono ne'contratti, meritano finalmente la nostra attenzione quelle che si commettono con l'attribuirsi falsi nomi, o false qualità.

(123) Menochius *de arbitrar. jud. quaest.* L. II. cas. 532. n. 19. Carpzov Prax. rer. crim. qu. 93. n. 75—77. Leyser Spec. 617. med. 8—10. Tittmann Instit. II. p. 490. Cod. austr. par. II. §. 263. Cod. di Württemb. art. 198. All'incontro andrà esente da pena, per mancanza di violazione d'un diritto coattivo, la simulazione d'una malattia, non per intenzione di guadagnare, ma ad oggetto di procurarsi l'attenzione del pubblico, a sodisfazione di vanità. Conf. Bezin nell'ant. archivio di dir. crim. t. III. fasc. 2. p. 120—180.

(124) Dir. prov. pruss. par. II. tit. XX. §. 1392. 1393. Osservaz. al cod. di Bav. t. II. p. 264. Tittmann Instit. II. p. 490 Henke Instit. III. p. 68. Escher Dottrina della frode, p. 100—102. V. anche Hitzig Giornale t. XVII. p. 388—393.

Secondo gli antichi dottori, ogni caso di questa specie, qualunque sia il motivo, o lo scopo, per cui alcuno si attribuì il falso nome, o le false qualità, si dovrebbe punire (125). Quì per altro bisogna fare una distinzione. Che non debba aver luogo alcuna pena, se taluno, per qualunque fine almeno giuridicamente lecito, voglia deporre, anche per qualche tempo, il nome, che ha portato finora, e prenderne un altro, semprechè non si proponga così di violare i diritti altrui; è cosa, che per causa del difetto di dolo s'intende da sè, e che si trova ancora espressamente riconosciuta nelle nostre fonti del diritto comune (126). Postochè poi taluno assuma un falso nome, o una falsa qualità, esempigrazia si attribuisca una certa condizione, una certa dignità, un certo titolo, un certo ordine cavalleresco, con una intenzione veramente ingiusta; o questa può esser diretta ad esercitare dei privilegj, essenzialmente e necessariamente connessi con quel dato grado, o ad usurpare dei diritti di famiglia collegati con quel dato nome, oppure a pretendere certe preferenze casuali di mera convenzione, ma non già necessarie e legali. Per lo che fa di mestieri suddistinguere. Dove l'intenzione del frodatore sia diretta ad ottener privilegj o vantaggi, che non si possono legalmente estorcere; tutto dipende dal determinare, se in questo modo sia stato violato, o no, un vero diritto coattivo. Nel secondo caso, come se taluno esempigrazia si scrocca un nome altrui, penetra in certe conversazioni,

(125) Menochius *de arbitrar. jud. quaest.* L. II. cas. 318. n. 19—33. Farinac. qu. 150. n. 80—88. 137—145. Damhouder cap. 123. n. 10. Carpzov qu. 93. n. 36—42. Leyser Spec. 615. med. 38.

(126) L. 63. §. 10. D. *ad SC. Trebell.* L. un. Cod. *de mutat. nom.* Diversi esempj storici di questa specie si trovano appresso Menoch. *de arbitrar. jud. quaest.* L. II. cas. 318. n. 9—13.

arrogandosi nobiltà, cerca d'imporre al pubblico portando ordini cavallereschi, e simili, non si può naturalmente parlare di frode punibile, perchè manca la violazione d'un diritto coattivo (127), e solamente sarà luogo ad una coercizione di polizia a motivo dell' offesa arrecata ai diritti signorili (128). Se al contrario è stato violato un diritto coattivo, come quando il frodatore, spacciandosi per parente di una ricca e conosciuta famiglia, o come individuo di grado cospicuo, si sia procurato un imprestito (129), l'essenza di fatto della frode sussiste: ma rispetto alla sua criminalità non si può assegnare una norma generale; perchè, a tenore dei nostri due principj, tutto dipende dalla natura dell'azione, e dalla specie dei mezzi adoperati; e, secondochè questi sieno d'una qualità, o d'un'altra, si applicherà la prima o la seconda delle regole esposte, ed avuto riguardo alle avvertenze finquì fatte si deciderà della penalità, o della impunità di ogni caso. Postochè abbia luogo all'incontro la seconda presupposizione; cioè l' intenzione del frodatore sia diretta ad esercitare, mediante l'assunzione del falso nome, o della falsa qualità, un diritto, che si possa estorcere, bisogna nuovamente distinguere, se ciò accade transitoriamente a riguardo d' un singolo atto, o se si rife-

(127) Henke Instit. III. p. 68. Mittermaier Elem. di Feuerbach §. 412. nota 7. V. anche Rosshirt storia e sistema ec. III. p. 17.

(128) L. 2. §. 1. D. *de re mil.* L. un. Cod. *ad L. Visell.* Quistorp Principj II. §. 441. Tittmann Instit. II. §. 493. Dir. prov. pruss. par. II. tit. XX. §. 1397. 1440. V. alcune nuove ordinanze in Mannkopff Dir. pen. pruss. Berlino 1838. p. 494—496. Cod. greco art. 228. 534.

(129) Che le generali disposizioni contenute nella L. 13. pr. e nella L. 27. §. 2. D. *de L. Corn. de falsis* si debbano ristringere a questi casi, risulta da Paolo *Rec. Sent.* V. 25. §. 11. 12. V. anche L. 52. §. 21. L. 66. §. 4. L. 80. §. 6. D. *de furtis*. Conf. Pfister Casi crim. notevoli t. I. p. 383—391. 412—423.

risce a tutto l'avvenire, e si connette con tutti i diritti collegati con quel dato nome, grado ec. Nel primo caso, come se taluno fa un testamento sott'altro nome (130), od un minore conchiude un affare giuridico in qualità di maggiore (131), d'ordinario la frode sarà punibile; perocchè in simili casi niuno si aspetta imposture, ed anche l'uomo il più circospetto può restare circonvenuto senza grandi artifizj. Se poi il frodatore vuol far valere per tutto il tempo avvenire i diritti di famiglia o di grado, collegati col falso nome o con la falsa condizione, una pena potrà d'ordinario aver luogo solamente quando i mezzi usati sieno mirabilmente sottili e fraudolenti, o le circostanze del caso sieno eccezionali per modo, che l'inganno si potesse difficilmente penetrare. Un esempio dell'ultima specie ci viene offerto dalla *suppositio partus*, già considerata punibile dal diritto romano (132), del pari che da tutte le moderne legislazioni (133). Esempj della prima specie, come il caso di colui, che sostenuto dalla somiglianza e dalla cognizione di tutte le circostanze di un'altra persona, si spaccia per individuo d'una determinata famiglia, o pel marito creduto morto d'una certa donna, e simili, si presentano non di rado nell'antica e nella moderna istoria (134), e segnatamente nel tempo

(130) Conf. Cicero *pro Cluentio*. c. 13. Plin. *Nat. Hist.* VII. 10. Valer. Max. IX. 14, n. 1. Clarus *Rec. Sent.* III qu. 59. n. 1. Pfister Casi crim. not. t. V. p. 1—24.

(131) V. specialmente Escher Dottrina della frode p. 177—183.

(132) L. 19. §. 1. L. 30. §. 1. D. *de L. Corn. de falsis*. L. 1. Cod. eod. Conf. Abegg nel nuovo archivio di dir. crim. XI. num. 21.

(133) Dir. prov. pruss. par. II. tit. XX. §. 1436—1439. Cod. di Bav. art. 282. Cod. greco art. 355. Cod. di Sasson. art. 262. Cod. di Württemb. art. 371. Progetto di Baden art. 430.

(134) Valer Max. IX. 15. Appianus *de B. C.* III. 2. 3. Josephus *Antiquit. Judaic.* XVII. 12. Clarus *Rec. Sent.* V. quaest. 88. n. 3. Pitaval Causes célèbres t. I. p. 1—30. t. II. p. 3—206.

delle Crociate furono molto comuni. Ma che simili fatti, segnatamente nella maggior parte delle moderne legislazioni, vengano dichiarati punibili indefinitamente e senza eccezione (135), non è cosa giusta; perchè difficilmente si trova chi si lasci ingannare da menzogne meramente generali, e non motivate, ma ognuno anzi, quand'anche potesse giudicar superflua qualunque altra indagine intorno al minore, che si asserisce maggiore, presterà fede al frodatore solamente quando egli sappia sostenere le sue affermazioni con argumenti di tanta apparenza, che non sia dato scoprire, non ostante ogni sforzo, la falsità delle medesime. E perciò, quando si voglia immaginare il caso, che taluno riesca ad entrare nella famiglia altrui per via degl' inganni più grossolani e più evidenti, onde si lascerebbe appena illudere l'uomo più insensato e più credulo, ed il fraudato, di cui si tratta, dovesse d'altra parte riguardarsi per una persona esperta e circospetta; sarebbe sempre da credere, che egli dovesse imputare a sè stesso la frode, nella quale è caduto, e che quindi non fosse luogo, a tenore del nostro secondo principio, all'applicazione di alcuna pena.

A me pare, che gli esempj riferiti basteranno a dichiarare le due regole stabilite, ed a renderne chiara l'applicazione a tutti i casi, che si possono presentare. Noi per altro abbiamo ragionato finora della sola frode positiva, vale a dire eseguita con le commissioni effettive dell' agente, mentre universalmente, così nella

Dalloz Jurisprudence du Royaume t. VIII. p. 591—598. Gazette des tribunaux des 21 Fevrier et 2 Mars 1839. Pfister Casi crim. not. t. I. p. 392—412.

(135) Cod. di Bav. art. 391. Cod. greco art. 357. Cod. di Sassonia art. 261. Progetto di Baden art. 428. 429. V. anche i motivi del codice di Norvegia. p. 324.

scienza (136), come in tutte le antiche (137) e moderne legislazioni (138) è riconosciuto, che sebbene la detta specie sia la più comune, pur qualche volta si presenta anche la frode negativa, operata dal frodatore per via d'omissioni, e mettendo a profitto un errore, che già esisteva. Per lo che sarà necessario aggiugnere, a corona del nostro discorso, poche parole sopra la frode negativa.

Comunemente si è trovato difficilissimo lo stabilire in questa parte i debiti confini tra la frode meramente civile, e quella propriamente criminale: ed anche dai recentissimi ragionamenti di Cucumus si può desumere, quanto sia poca la concordia, che regna nella presente materia (139). Ma la quistione, a parer mio, è molto semplice, e fa d'uopo deciderla con le medesime regole, che governano la punibilità della frode positiva. In fatti anche qui bisogna sempre guardare, se il fraudato poteva, secondo quelle date circostanze, aspettarsi un inganno, o no. E siccome, a mio credere, tutti i casi di

(136) Gli antichi giuristi ponevano la regola: *Falsitas committutur etiam tacendo, et omittendo id, quod taceri et omitti non debebat.* Farinac. qu. 150. n. 74. Harprecht *de crim. stellionatus* n. 47—50.

(137) L. 14. D. *de condict. caus. dat.* L. 18. D. *de condict. furt.* L. 43. pr. §. 2. L. 44. §. 1. D. *de furtis.* L. 29. §. 5. D. *Mandati.* L. 49. pr. D. *Locati.* L. 1. §. 9. D. *de L. Corn. de falsis.* Cap. I. X. *de crimine falsi: Uterque reus est, et qui veritatem occultat, et qui mendacium dicit.*

(138) Cod. austr. art. 176. Cod. di Bav. art. 257. Cod. greco art. 396. Cod. di Sassonia art. 345. Cod. di Württemb. art. 351. Progetto di Baden art. 409. V. anche i motivi del cod. di Norvegia p. 308. 311. 312. Pare, che il solo dir. prov. prussiano, par. II. tit. XX. §. 1256., faccia qui un'eccezione.

(139) Conf. Cucumus nel nuovo archivio di dir. crim. an. 1835. num. 22. anno 1837. num. 15. 19. V. anche le osservazioni al cod. pen. di Bav. t. II. p. 230—234. Mittermaier Annali di Demme t. VI. p. 13—15.

frode negativa sono generalmente di tal indole, che uno dee sempre aspettarsi un inganno, e non può mai contare sopra un' onestà illimitata, così risulta di per sè, che non è dato applicare la prima, ma solamente la seconda delle nostre regole. Or si figurino esempigrazia i casi seguenti, citati da Cucumus. Un erede pensa di accettare senza inventario una eredità indebitata, perchè non conosce una gran parte dei debiti, o perchè crede, che esistano sempre certe porzioni di patrimonio, che ne furono già distaccate. Un creditore dell' eredità, al quale è noto il vero stato delle cose, si accorge dell'errore dell'erede: ma sapendo che le forze ereditarie sono appena capaci a coprire il venti per cento dei debiti, e che dal patrimonio dell'erede v'è da aspettarsi l'intiero pagamento, lascia, che egli adisca puramente e semplicemente con suo grave danno (140). — *A*, che falsamente reputa d'oro l'orologio di *B*, gliene profferisce dieci zecchini: e *B* non esita a stringere il vantaggioso negozio, sebbene sappia, che *A* si trovi in errore intorno alla materia. — *C*, capo del Comune, cerca un imprestito per sodisfare ad un proprio debito, e *D* si dichiara pronto a somministrargli il contante, credendo di mutuare al Comune. Amendue si portano col danaro dal creditore, il quale riceve il suo pagamento, mentre *C* ben si accorge, che *D* persevera nella credenza di pagare un debito del Comune. In capo a breve tempo si apre un concorso di creditori sul patrimonio di *C*, e *D* perde la somma imprestata, accorgendosi troppo tardi del proprio errore (141). In tutti questi, ed in altri simili casi il frandato doveva star preparato all'inganno, cioè, secondo l'ordinario an-

(140) Cucumus nel nuovo archivio di dir. crim. anno 1835, p. 570.

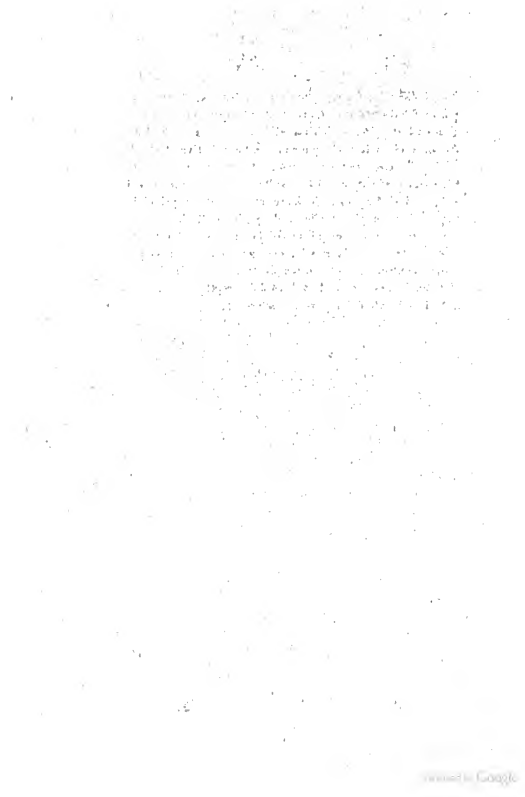
(141) Cucumus l. c. anno 1837. p. 434. 435.

damento delle cose del mondo, non poteva contare di essere informato della verità; onde la frode, dalla quale è rimasto accalappiato, dee giudicarsi a tenore della nostra seconda regola. Ma poichè sotto l'influenza di questa seconda regola non può esser parola di una frode punibile, che quando l'inganno eseguito sia stato tale da non penetrarsi, a motivo della particolar sottigliezza dei mezzi adoperati; conseguita necessariamente, che quando si tratta di frode meramente negativa, cioè ogni qual volta il frodatore non fece uso di una positiva attività, ma il tutto accadde per cagione di errore in altra guisa eccitato, non si debba applicare alcuna pena (142). Se per altro la frode meramente negativa si dee bandire dal territorio del criminale diritto, non vuolsi lasciare inosservato, che i casi della medesima sono rarissimi, e che d'ordinario il frodatore con la sua condotta, cioè con una maniera di agire più o meno positiva, conferma il fraudato nel proprio errore, e così, se non cagiona, fortifica almeno e promuove l'inganno. Prescindendo in fatti dal citato esempio del creditore dell'eredità, dove l'errore si può certamente figurare col semplice silenzio del vero (143), negli altri casi addotti si trova sempre un'azione positiva, la quale, ancorchè consistesse in due sole parole, o nel semplice atteggiamento, fu diretta a confermare il fraudato nel proprio errore, e ad indurlo ad un fatto pregiudicevole. Anche nella semplice riscossione d'un inde-

(142) Che per la frode punibile non basti la semplice omissione, ma che si richieda un'attività positiva, è stato chiaramente espresso anche nel cod. di Baviera art. 357. e nel progetto di Baden art. 409. Conf. Cucumus l. c. anno 1835. p. 573—582. ed Escher Dottrina della frode, p. 161—165.

(143) Si verifica il medesimo caso, quando un mercante ha tralasciato alcuni oggetti nel conto, mandato al suo avventore, e questi, sebbene si accorga dell'errore, paga il detto conto e se lo fa quitanzare.

bito è difficile ad immaginare, che il ricevente non cerchi di darsi almeno l'apparenza di creditore, con la quale viene ad imprimere l'ultimo sigillo all'errore dell'altro. Or se, esclusa la frode puramente negativa, tutti gli altri casi, che qui fanno capo, presuppongono sempre un certo grado di attività; risulta evidentemente, che i medesimi si dovranno giudicare con gli stessi principj, che abbiamo applicati alla frode positiva. E siccome fu notato di sopra, che qui vuolsi far uso semplicemente della nostra seconda regola, così questi casi non si potranno punire, che quando non fosse dato scoprire il vero stato delle cose, o per la natura dell'oggetto, o per l'indole individuale della persona ingannata.

XII.

Riflessioni di *Hesse* intorno al divieto penale dell'usura (estratte dal tomo XXII. fasc. 1. e 2. del nuovo archivio di diritto criminale, anno 1841.)

La quistione « *se, e quali disposizioni di diritto penale sieno opportune contro l'eccesso della misura legale del frutto del danaro* » è diversamente risoluta in varj codici e progetti di codici penali tedeschi; perocchè alcuni si sono attenuti nell'essenziale alle antiche prescrizioni imperiali, altri sono ricorsi ai principj della frode; questi hanno voluto, che la materia appartenesse alla giustizia ordinaria, quelli alla polizia.

Nella presente memoria sarà esaminata l'opportunità delle leggi penali contro l'usura in generale, e si cercherà di porre in chiara luce le anomalie di alcune moderne legislazioni germaniche nella presente materia (1).

Henke nel §. 213. delle sue instituzioni di diritto criminale dice, che il difetto di chiare idee di economia pubblica e nazionale, la confusione di punti di vista giuridici e morali, e la trascuranza delle relazioni particolari di ogni popolo, e di ogni Stato, hanno prodotto i divieti penali dell'usura. Noi siamo della medesima opi-

(1) Conf. le osservazioni del prof. Mohl alla legge di polizia penale di Württemberg nel fasc. aggiunto all'archivio del 1840. p. 74—83.

nione di Henke, e vogliamo discuterla con qualche accuratezza nel presente discorso.

§. 1.

Le proibizioni penali, che s'incontrano nel diritto romano e canonico, derivarono dall'antico rigore dei Romani sul credito, e dalla reverenza dei canonisti per le massime delle leggi mosaiche. E quando l'ordinanza imperiale di polizia del 1530 adottò quei principj; ciò in parte dipendè dal rispetto religioso, allora predominante, pel diritto canonico, in parte dal basso grado, in cui si trovava in allora l'industria, onde il danaro si cercava di rado per agevolare utili imprese, ma piuttosto per allontanar la penuria del momento. Di più il traffico del danaro si faceva da per tutto dai perseguitati Giudei, e, come di un oggetto non destinato al commercio, si teneva per dispregevole.

Ma se prescindiamo da queste cause delle antiche leggi in materia d'usura, scorgeremo pur chiaramente, che non solo è soggetta a difficoltà rilevanti la comminazione penale contro l'eccesso della misura legale del frutto del danaro, ma ancora la determinazione di un qualunque *maximum* della medesima.

§. 2.

Le leggi non si fanno per pochi anni, ma per molti, ed anche per secoli intieri, e perciò non sono commendevoli quelle disposizioni, che riposano sopra condizioni di fatto, le quali si può prevedere, che nel corso del tempo soggiaceranno a mutazioni frequenti, e considerabili.

La determinazione di una qualunque misura legale del frutto, se dee corrispondere alle relazioni respettive

d'ogni volta, soggiace a gravissime difficoltà, non solo per causa delle circostanze mutabili dei tempi, ma ancora di quelle diverse di un dato tempo, nel quale le usure si posson promettere e riscuotere.

Perchè lo stabilimento di un *maximum* sia giusto e conveniente, bisogna, che corrisponda alle condizioni industriali del popolo, per cui è fatta la legge, e che, ogni volta che questa viene in applicazione, si possa affermare, che l'eccesso, di cui si tratta, della misura legale non è proporzionato al tempo.

Se pertanto è malagevole determinare in un dato tempo, qual sia la giusta misura del frutto; il fissarla poi per uno spazio di cinquanta, o di cent'anni sarà assolutamente impossibile.

Il piè delle usure dipende dal prezzo corrente del danaro, e questo prezzo dipende alla sua volta dalla guerra, e dalla pace, dallo stato dell'economia paesana, dall'industria, dal commercio, e da molte altre circostanze, che molti anni prima che abbiano luogo, non che esaminare, non si possono neppure congetturare.

Se rivolgiamo il pensiero ai trent' anni ultimamente trascorsi, troveremo conferme della nostra asserzione. Dal 1810 fino al 1815 il frutto del sei per cento fu egualmente proporzionato che quello del tre per cento in molta parte degli anni posteriori. Perchè nel primo periodo doveva esser proibito il sette, e permesso nel secondo il cinque ed il sei?

§. 3.

Ma facendo ancora astrazione da queste oscillazioni del prezzo del danaro secondo la diversità dei tempi, e delle relazioni, che in essi predominano, noi crediamo di poter affermare non senza fondamento, che è estrema-

mente difficile il fissare, anche per un dato periodo, un *maximum* deciso di usura, il quale corrisponda a tutte le circostanze.

L'incomodo, la perdita, il guadagno mancato, ed il risico, sono diversissimi nei varj imprestiti, secondo la differenza de'creditori e dei debitori.

Chi troverà ingiusto, non facendo conto del diritto vigente in materia, che colui che vuole mille fiorini per otto giorni, debba pagare il duplo od il triplo di ciò, che si reputa giusto dirimpetto a chi prende la medesima somma per uno, o per più anni? Se il mutuante è un privato ordinario, e non un negoziante, a cui tali somme ritornino, e da cui riescano giornalmente in cerca di nuovi profitti; con la consegna, e con la riscossione del capitale, con la compilazion del chirografo, con le cautele per guarentirsi dalla perdita, vanno congiunte sì fatte circostanze, e dilazioni, che non stanno in veruna giusta proporzione col frutto del cinque per cento per otto giorni.

Come può influire sulla quantità del frutto il tempo, per cui è domandato l'imprestito, così v'influiranno ancora le relazioni personali del debitore, talora anche quelle del creditore, e specialmente la maggiore o minor sicurezza, ond'è guarentito. Chi può discretamente pretendere, che il creditore faccia un imprestito senza la menoma sicurezza al medesimo frutto, che ha convenuto in un altro imprestito, in cui, per quanto può vedere l'umana prudenza, non si trova esposto al menomo rischio? Ed anche la speranza, che abbia il debitore, che un creditore sarà più paziente d'un altro, e non gli richiederà il capitale per molti anni, non può influire sul frutto, che il debitore medesimo si crede interessato di corrispondere?

§. 4.

Quando si vogliono emanare divieti penali contro l'usura, cioè non contro la frode, che si tratta a tenore di generali principj, ma contro l'eccesso della misura legale del frutto, sono certamente necessarie delle disposizioni sopra di questa.

Or siccome dalle cose già dette apparisce, che la determinazione di un *maximum* del frutto del danaro soggiace a così gravi difficoltà nel rispetto puramente civile; la legislazion criminale dovrebbe essere doppiamente circospetta nel fermar delle pene, che riposano su presupposizioni cotanto incerte. Alla quale circospezione sarà tanto più confortata, in quanto che non è difficile a mio credere, il dimostrare, che, supposta ancora la convenienza di una determinazione meramente civile, analoga ad altre disposizioni di quel diritto, intorno ad un *maximum* del frutto del danaro, il trasportamento di questa materia nella provincia del diritto criminale è ingiusto, impolitico, e inefficace.

§. 5.

Noi appelliamo ingiuste le proibizioni penali di eccedere una determinata misura del frutto, e crediamo di potere con molta semplicità dimostrare questa proposizione.

Ogni limitazione della libertà naturale del diritto di contrattare le cose, e di disporne, vuolsi considerare giuridicamente fondata, solamente quando è richiesta dall'interesse generale. Ora mancano di questa base tutti i divieti penali, che sono diretti a ristringere il commercio, di per sè lecito, del danaro. Per tali disposizioni legali il libero commercio dei singoli, che intimamente si connette col bene dello Stato, viene a ristringersi in una guisa

sommamente pregiudicevole, con la mira di guarentire da certe conseguenze alcuni individui, che ad esse si sottoposero volontariamente da sè medesimi.

Tostochè due contraenti si sono accordati sul prezzo di una qualunque cosa alienabile, la legislazione non hà alcun interesse di mescolarvisi, e di arrestare il libero movimento dei cittadini. Ogni comminazione penale in proposito non puó esser considerata, specialmente nelle condizioni presenti di civiltà, che siccome un atto d'indebita tutela su di quelle persone, in cui lo Stato riconosce, sotto ogni altro rispetto, il diritto di conchiudere affari giuridici, e che giustamente si astiene dal proteggere in simil guisa da altri pregiudizj, che nascono dai contratti. Ciascheduno ha il diritto di disporre del suo, e di cercare le condizioni possibilmente più utili per alienare, o locare la sua proprietà. In nessun'altra materia la legislazione protegge in simil modo i poveri contro i ricchi (2). Anche quando il sacco del grano costa dódici fiorini, la legislazion penale non si dà pensiero delle contrattazioni de'singoli: e, senza essere ingiusta, non si occupa di far cessare le soperchierie de'campagnuoli nel traffico del bestiame, o di tirare davanti al foro del giudice criminale ogni lesione *ultra dimidium.*

La legislazione penale bavara, che in molti capi servì di modello alle successive legislazioni di Germania, ha esercitato una grande influenza anche nelle disposizioni relative all'usura. Non sarà dunque senza importanza il riferire, come i motivi del progetto di Baviera del 1827, i quali formano precipuamente la base anche del progetto

(2) Noi parliamo qui dei poveri, perchè d'ordinario chi difende le leggi contro l'usura ricorre alla protezione, di cui lo Stato è debitore ai medesimi. Per altro in moltissimi casi non è il povero, che rimane protetto, ma solamente colui, che non ha a sua disposizione mezzi abbastanza pronti.

del 1831, cerchino di sostener la giustizia della comminazione penale contro l'eccesso della misura legale del frutto. Ivi si dice a p. 369. « Che si stabiliscano pene « contro l'usura, se ne può agevolmente convenire. L'usu« ra manomette illecitamente l'altrui proprietà, e d'ordi« nario è tanto più dannosa, in quanto che si può mani« festar solamente contro le persone leggiere, o quelle, « che si ritrovano in imbarazzi economici, e portare in « rovina le une, come le altre. Lo Stato, mediante la « comminazion della pena, dell'umiliazione, e della ver« gogna, dee psicologicamente costringere gli usuraj, che « sono veramente *rebus alienis inhiantes*, a ristringersi, « nell'impiego de' proprj averi, entro i limiti legalmente « permessi. . . . . . L'usura conduce agl'ingiusti danneggia« menti del patrimonio, e merita di esser posta nella « categoria delle azioni punibili ».

Ora è facile a vedere, che si presuppone provato ciò, che si sarebbe dovuto appunto dimostrare, e che è per lo meno assai problematico, per giustificare le disposizioni, accettate dal progetto di Baviera intorno alla penalità dell'usura.

Che colui, il quale senza mezzi fraudolenti oltrepassa il *maximum* legale del frutto, manometta ingiustamente in senso criminale l'altrui proprietà, è appunto quello, che noi non possiamo concedere. Imperocchè in qual modo si può chiamar manomessa l'altrui proprietà, quando in un contratto di diritti alienabili un contraente consegue un profitto, che s e m b r a pregiudicevole all'altro? E noi diciamo s e m b r a; perchè quando il debitore, col danaro pigliato al dieci per cento, fa un guadagno del cento per cento, non si potrà dire, che egli, per causa della oltrepassata misura legale del frutto, abbia ricevuto un pregiudizio dal mutuante. Chi potrebbe, in ogni singolo caso di usura, scoprire, se il debitore sia stato realmente dan-

neggiato? E da un simil danno non può esser colpito egualmente colui, che piglia danaro al quattro per cento, ed impiega il ricevuto capitale in disastrose speculazioni, o lo lascia stare ozioso?

Come dunque, invocando la protezione, di cui lo Stato è debitore alla leggierezza, si può giustificare, che la pubblica autorità s'intrometta nel libero movimento dei singoli, permesso dai principj generali del dritto? Il più delle volte nel trapassamento del *maximum* legale del frutto non si può ammettere, nè danno, nè leggierezza; perchè il debitore o sodisfa a un bisogno, la cui pressura avrebbe per lui, sott'altro rispetto, conseguenze più nocive, o col danaro pigliato si propone di conseguire un profitto. La leggierezza poi non merita in generale di esser legalmente protetta contro la circospezione. E quando si volesse applicare un castigo, perchè è stato trasgredito il divieto legale di trapassare una certa misura del frutto, stabilita dal diritto civile, militerebbe la stessa ragione per punire tanto il creditore, quanto il debitore (3).

§. 6.

Se non che i divieti penali dell'usura sono ingiusti ancora, perchè in molti casi, che soggiacciono alla disposizion della legge, si potrebbe dimostrare, che, dedotte le spese, alle quali va incontro il mutuante nell'impiegare il danaro, o dedotto il guadagno, che egli avrebbe potuto fare in qualche altro lecito modo col suo capitale, ed a cui ha rinunziato consegnando il proprio contante al debitore, il *maximum* legale del frutto non fu oltrepassato.

(3) La legge austriaca sopra l'usura punisce il mutuante ed il mutuatario. Conf. Zeiller Contribuz. alla scienza legale t. III. p. 47. 59. 60.

È inoltre contraddittorio ad ogni diritto, e ad ogni morale, il permettere, che colui, che non avrebbe potuto trovar danaro d'altronde a condizioni migliori, che lo ha ricevuto con riconoscenza dal suo creditore, ed ha promesso un frutto, che gli è sembrato corrispondente al suo caso, debba esser poi autorizzato a provocare, per avidità, per passione, o per altri indegni motivi, il rigor delle leggi penali contro il suo contraente, o rimuoverlo, con la minaccia d'una denunzia, dal pretendere gl'interessi, o costringerlo a restituire quelli di già percetti. Una legislazione, che stabilisce delle pene contro l'usura, non conduce forse ad una tale immoralità?

A tutti i divieti penali dell'usura sta poi di contro un'altra ragione, che abbiamo accennata di sopra, e per la quale non si è avuto il conveniente riguardo: voglio dire il pericolo della perdita del capitale ne'mutui non assicurati. Chi ha da offrir sicurezze, trova danaro da ogni parte a piccolo frutto: ma se uno vuol pigliare un imprestito senza dare ipoteca, la condizione del mutuante è molto diseguale da quella del mutuatario; perchè il secondo ritrae certamente profitto dal contratto, mentre il primo espone a non piccolo rischio il suo capitale. Ora come può sostenersi conforme alla giustizia, che una pena colpisca colui, il quale con un frutto più alto cerca di mettersi al coperto dal pericolo di una perdita, e che fa un contratto in nessuna maniera contrario al diritto naturale, mentre si danno molte altre convenzioni, che hanno più visibilmente il carattere del rischio, nelle quali l'uno o l'altro contraente perde di più del mutuatario, che dee pagare il quindici per cento, e che non ostante non sono state giammai sottoposte ad una sanzione penale?

§. 7.

Ma i divieti penali dell'usura, oltre ad essere ingiusti, si presentano pure come impolitici, ed inefficaci.

Nell'emanare una legge penale il legislatore debb'essere ancora convinto, che la medesima si potrà in tutti i casi applicare. Ma dalle cose dette si raccoglie, che manca questa presupposizione nelle leggi relative all'usura; perocchè il legislatore, instruito delle relazioni del commercio e dell'industria, sa bene precedentemente, che l'applicazion della legge sarà in molte circostanze impossibile, e che, volendola fare, si andrebbe incontro a stranissime conseguenze.

Chiunque in una città commerciale, anche in tempi ordinarj, vuol fare un imprestito, pigliando le sicurezze opportune, sa dal banchiere di poter guadagnare col suo danaro più del frutto comune, e così di poter conchiudere l'affare desiderato a condizioni, il cui risultato riunito involge il più delle volte un trapassamento del frutto legale. Nei tempi di guerra poi, o di altre calamità, questi fatti sono ancora più frequenti e visibili; perocchè privati e corporazioni, per mantener la vita, la salute, o la proprietà, conchiudono allora dei contratti, chiamati usurarj, e i pubblici magistrati, incaricati di tenere in vigore le leggi, son quelli, che principalmente prestano mano a farli riuscire (4). Non andrebbe pertanto contro le regole di ogni buona politica chi volesse sottoporre ad in-

(4) Io mi rammento, che nel 1813, o nel 1814, una comune, sotto la direzione del suo amministratore, conchiuse un contratto di questa specie, e che quell'impiegato, nella sua contemporanea qualità di giudice, confermò l'obbligazione. Più tardi, come fu passata la guerra, l' autorità amministrativa superiore fece delle difficoltà sull' affare, e il giudice, che dovea sentenziare sul fondamento di leggi invecchiate, si trovò molto imbarazzato.

quisizione, e punire un simile eccesso del frutto legale? Chi vorrebbe più fare in un simil paese imprestiti rilevanti, dai quali frequentemente dipende il bene dello Stato e delle sue comunità? E quale inconseguenza, qual diseguaglianza disturbatrice di ogni sentimento del dritto, non sarebbe il lasciare impunita l'azione del banchiere, tuttochè colpita dalla minaccia legale, ed il far soffrire la pena al semplice capitalista, che ha provveduto, come lui, al proprio interesse? Quale impressione farebbe nella pubblica opinione una tal maniera di procedere? Non si ripeterebbe forse il rimprovero, diretto così spesso dai malevoli contro la giustizia, che essa punisce i piccoli malfattori, e lascia impuniti i grandi?

Quelle legislazioni, che hanno riguardo alle accennate circostanze, dovrebbero almeno separare i casi, in cui col punire si urterebbe contro le relazioni esistenti, e contro la pubblica opinione. Ed il codice penale di Sassonia, all'art. 301, dispone in questo senso, che le determinazioni relative all'usura non sono applicabili agli affari propriamente mercantili (5). Ma quanto sia insufficiente questa disposizione, ed a quali incertezze possa dar luogo nell'applicazione, è manifesto di per sè. Da una parte in fatti si danno, anche fuori degli affari mercantili, molti casi di trapassamento del frutto legale, i quali non contengono alcuna immoralità, e corrispondono allo scambievole interesse de'contraenti: e d'altra parte anche tra gli affari mercantili se ne possono immaginare di quelli, che il legislatore avverso all'usura avrebbe dovuto minacciare di pena del pari che i non mercantili. In ogni modo poi l'espressione è tanto indeterminata,

(5) Secondo il §. 1 della legge austriaca sopra le usure, la medesima non si deve applicare agli affari, che sono proprj dei negozianti, e dei fabbricanti.

che non potranno a meno di derivarne svariatissime applicazioni.

Ancorchè per altro una legislazione volesse impegnarsi a tirare una linea di confino fra il trapassamento punibile e il non punibile del frutto legale, vi potrebbe malagevolmente riuscire con buona fortuna. Siccome in fatti il carattere dei singoli casi di usura non si può prevedere, e per questo motivo non è dato discendere ai più minuti particolari, bisognerebbe, che distinguesse fra certe classi di persone (*honestiores*, *mercatores* ec. ec.). La qual distinzione non potrebbe riuscire che odiosa; perocchè stabilirebbe una tutela a carico di certi cittadini, e non di altri, ed introdurrebbe una diseguaglianza di capacità giuridica a conchiuder contratti (6).

§. 8.

Molti casi di trapassamento del frutto legale non sono giudicialmente denunziati e puniti, perchè la loro denunzia e punizione sarebbe contraria alle relazioni esistenti, e all' opinion generale, e perchè il sentimento della necessità si solleva al di sopra della legge, come sempre accade, quando l' intervento della pubblica autorità è inopportuno. Tutte le leggi poi relative all'usura riescono senza scopo ed impraticabili; perchè ambedue i contraenti si collegano contro di esse per modo, che o il mutuatario non promuove alcuna querela, o il mutuante riveste di tal forma il contratto, che, anche nel caso di giudiciale denunzia, non si possa scoprire la vera indole dell'affare. Piccolissimo è dunque il numero dei processi d'usura, ed anche minore quello degli usuraj puniti. Le

(6) Conf. il cod. di polizia pen. di Württemberg sulla materia dell'usura.

persone pratiche della materia, come sono i ministri processanti, e i giudici di prima instanza, saranno d'accordo con noi. La vera sede degli affari usurarj non è, come suole affermarsi, ne' piccoli paesi, ma nelle grandi città, dove si trova molta milizia, ed un gran numero d'impiegati con piccole paghe, ai quali la provvisione frequentemente non basta ai bisogni del mese, ed i cui assegni sulle scadenze future danno luogo quasi universalmente ad affari, che cadono sotto l'idea dell'usura punibile. Ma, ammettendo ancora per un momento la giustizia di queste leggi, quale impressione si produrrà, se fra centinaja e centinaja di trasgressioni ne sono finalmente denunziate quattro o cinque, ed anche fra queste una sola soggiace alla multa, o alla carcere? Noi diciamo *alla multa, o alla carcere*, perchè ancora di qui risulta l'inefficacia dei provvedimenti legislativi, diretti ad ovviare all'usura per mezzo di comminazioni penali. Se in fatti si comminano pene leggiere, come vogliono anche coloro, che difendono i regolamenti penali in materia d'usura, esse non producono effetto per doppia ragione: 1) perchè il bisogno, la compassione, o l'attrattiva del guadagno, fornisce occasione di disprezzare la legge; e 2) perchè una piccola pena applicata una volta fra tante violazioni del precetto legale, non produce alcuna impressione, capace di distogliere da simili azioni in futuro. Che se poi si volesse ricorrere all'uso di pene gravi; a ciò si opporrebbe una duplice difficoltà. Da un lato non si potrebbe conciliare con la giustizia naturale, che andasse soggetto a severe pene criminali un reato, che al più è della natura di quelli di polizia, e la cui collocazione in un codice penale va sottoposta a dubbj così rilevanti: e dall'altro lato si opererebbe così precisamente contro allo scopo della disposizione penale sotto un diverso rispetto.

§. 9.

Il trapassamento della misura legale del frutto non si potrà impedire, fintantochè l'industria e il commercio fioriranno; fintantochè si daranno degli uomini, che si troveranno in necessità, e fintantochè la premura di sodisfare a dei bisogni del momento sarà più forte della reverenza per una legge, che non è menomamente richiesta dal sentimento naturale del dritto. Ciò presupposto, tutti i divieti penali non fanno che promuovere le conseguenze pregiudicevoli dell' usura, e tanto più, quanto sono più elevate le pene. Chiunque presta danaro senza sicurezze, nel determinare il frutto calcula il pericolo d'una perdita del capitale. Se questo pericolo è grande, è facile, che il frutto stipulato, o gli altri profitti convenuti oltrepassino il *maximum* legale. Or se a questo pericolo se ne aggiugne un altro, cioè quello della pena, il mutuante risica di più, e dee cercare di mettersi al coperto da questo rischio maggiore, affacciando più elevate pretensioni al debitore. Onde risulta, che le leggi contro l'usura tornano in moltissimi casi in pregiudizio di quelle stesse persone, che si vorrebbero proteggere.

Noi crediamo di non poter mai abbastanza richiamar l'attenzione a questo punto di vista, e siamo convinti, che molti di coloro, che in qualità di giudici, d' impiegati amministrativi, e di causidici, hanno avuto occasione di osservare da vicino il commercio dei negozianti, e dei capitalisti, ritroveranno giusta la nostra osservazione.

§. 10.

Mentre il legislatore con le sue disposizioni sopra l'usura si propone di favorire i bisognosi di danaro, produce un effetto diametralmente contrario anche sotto un altro riguardo.

Che l'usura urti contro i principj generali del dritto, non si potrà sostenere nemmen da coloro, che difendono le leggi sulla medesima: i quali, per giustificarle, sogliono a preferenza ricorrere al punto di vista della morale, e della polizia. Ora a noi sembra, che le disposizioni penali contro l' usura sieno appunto quelle, che promuovono l' immoralità. Se in fatti il creditore non ha bisogno di tener segreto il frutto stabilito, la convenzione si conchiuderà palesemente e lealmente fra amendue i contraenti, come qualunque altro patto, che abbia il carattere di un rischio, e che non ostante si perfeziona senza forme, che disfigurino la sua particolare natura. Ma se al creditore, che prende un frutto maggiore di quello legalmente permesso, si minaccia una pena, amendue i contraenti si uniscono a mentire contro la legge, e contro il giudice, inventando mezzi di effettuar ciò che vogliono, e di dare alla loro convenzione un colore, che la presenti in un aspetto affatto diverso.

Di più queste leggi promuovono l'immoralità, anche perchè, secondo il cenno, che ne abbiamo fatto di sopra, inducono il debitore ad eludere obbligazioni ponderatamente contratte, o a distogliere il creditore, con la minaccia d'una giudiciale denunzia, dal far valer pretensioni, materialmente o formalmente fondate. Accade assai di frequente, che debba pagare più del sei per cento colui, le cui preghiere animate da stringente necessità trovaron soccorso, e che nel medesimo tempo il mutuante, fatto diffalco delle spese per impiegare il danaro, o del guadagno per avventura perduto, non venga a ricevere un frutto maggiore del permesso. Perchè in tali casi vorranno le leggi favorir la frode, o il tradimento, contro l'onesto contraente, e prodigar benefizj, che nissuno desidera?

Quanti sieno i mezzi di eluder le leggi sul frutto del danaro, lo insegna la quotidiana esperienza. Prescindendo

in fatti dal considerare, che simili affari di danaro si conchiudono quasi sempre a quattr'occhi, e che perciò nel processo non si può quasi mai discoprire ciò che è avvenuto fra i contraenti contro il chiaro tenore del chirografo, non occorre nemmeno disfigurare la vera indole della cosa per oltrepassare il *maximum* del frutto legale in una maniera, che non fornisca occasione ad inquisizion criminale di sorta. La compra con la ricompra, le moltiplici specie d'affari di cambio, il guadaguo delle caparre, e simili altri artifizj somministrano mille modi di sottrarsi con sicurezza al rigor della legge.

§. 11.

In alcuni Stati germanici, nelle cui singole parti sono ancora in vigore diversi statuti, riescono odiose le sopraddette leggi penali contro il trapassamento del *maximum* del frutto, perchè una medesima azione commessa in un luogo si punisce come delitto, mentre in un'altro non espone neppure a pregiudicevoli conseguenze meramente civili. Ad una simile odiosità si andrebbe incontro, se per le maggiori città di un medesimo Stato si volessero stabilire divieti penali del frutto del danaro, diversi da quelli della campagna; perocchè, per quanto le esigenze possano essere ne' singoli luoghi diverse, pure un delitto non debb'essere determinato con certe presupposizioni in una parte del territorio, e con altre in un'altra.

Nel ducato di Brunswick la misura legale del frutto è del cinque per cento, e solamente ai mercanti della città di Brunswick è permesso per eccezione di prendere da altri mercanti, che abitino dentro, o fuori della stessa città, il sei per cento. Il trapassamento della misura legale del frutto si punisce come usura. Una medesima azione dunque, che nel mercante di Brunswick è permes-

sa, se si commette dal mercante di Wolfenbüttel soggiace alla pena della carcere fino ad un anno, e la legge, pigliando particolarmente a proteggere il mercante di Wolfenbüttel da'suoi compagni di professione della medesima città, lo abbandona all'usura del mercante di Brunswick (7).

Questi risultati dovrebbero per lo meno convincere, che è inopportuno emanare leggi penali, regolate sul *maximum* del frutto stabilito dalle leggi civili, prima che queste, fondate, come sono, su di relazioni commerciali e industriali affatto diverse, sieno state almeno sottoposte ad una revisione, e messe in armonia co'bisogni del tempo presente.

§. 12.

Nei motivi del codice di Baviera del 1827 si dice: « Guai allo Stato, in cui l'usura ha gettato profonde radici! » L'esclamazione è piena di verità: ma se si crede di poter rimediare alla piaga con due o tre articoli di divieto penale, si sbaglia di molto.

Per ovviare all'usura prava sono necessarj altri provvedimenti legislativi e amministrativi, e specialmente bisogna promuovere le casse di risparmio e d'imprestito, ed emanare buone leggi ipotecarie. Imperocchè quanto è maggiore la sicurezza del mutuante, tanto è maggiore per chi cerca danaro la facilità di ottenerlo a frutto discreto. Ma se chi si trova in necessità non ha da offrir sicurezze, e le sue relazioni personali non inspirano una special confidenza, egli non trova alcun vantaggio in tutte le leggi contro l'usura: e, se non incontra un amico, od un improvvido mutuante, o dovrà pagare una grossa usu-

(7) Conf. il §. 232. del codice criminale di Brunswick, e i motivi a p. 325.

ra, per mettere il creditore al coperto dal risico, o dovrà miseramente stentare. Nella quale alternativa il primo ramo dovrebbe dal legislatore esser certamente preferito al secondo.

A mostrare la necessità delle leggi proibenti l'usura si soglion citare gli Ebrei di provincia, e gli affari, che ivi fanno coi cittadini e coi contadini. Ma senza osservare, che secondo la nostra esperienza si esercita nelle città un'usura di gran lunga maggiore, che in provincia, noi vogliamo domandare a tutti coloro, che per uffizio ebbero l'occasione di conoscere da vicino le tendenze degli Ebrei, se il campagnuolo, che per mezzo dei sensali acquista la notizia del piede corrente del frutto del danaro, e che può nel singolo caso ponderare, qual ragione d'interessi gli torni conto a promettere, non rimanga tanto più pregiudicato dal complicato traffico di bestiami e di derrate con gl'Israeliti, che dal pigliare imprestiti pecuniarj.

E quanto poche sono le trasgressioni di questa specie, imputate agli Ebrei di provincia, che vengono denunziate ai tribunali! E quanto di rado si giugne a decretare contro di esse una pena, a motivo della particolare scaltrezza dei trasgressori!

Si renda migliore la condizione civile degli Ebrei, si dia loro il modo di occuparsi d'agricoltura, di manifatture, e simili, e questi provvedimenti saranno assai più proficui, che l'applicare una pena ogni due anni ad un povero giudeo prestatore di piccole somme, mentre il banchiere e il grosso negoziante contravvengono molto maggiormente alla legge, senza soggiacere ad alcuna responsabilità criminale.

§. 13.

Come ragione della necessità di far leggi sopra l'usura in protezione del compagnuolo, si adduce nei motivi del codice di polizia penale di Württemberg a p. 67., che l'uomo di villa, ignaro delle relazioni generali del commercio pecuniario, e ristretto alla conoscenza di pochi capitalisti, e forse di un solo, può essere abbandonato soverchiamente all'arbitrio d'un usuraio; e che, quand'anche fosse instruito del piè dell'usura stabilito dalla concorrenza, non potrebbe ricavarne vantaggio, perchè, non conoscendo le persone, alle quali farebbe d'uopo ricorrere, ed essendo stretto dalla fretta, non ha modo di profittare dei benefizj della concorrenza.

Noi per altro non possiamo dar peso a questo argumento; perchè sta in contradizione con le nostre condizioni locali, e col grado di civiltà, in cui si trovano i nostri campagnuoli. Fu in fatti notato di sopra, che il campagnuolo è sempre dal sensali informato del piede corrente del frutto del danaro. I giornali di campagna, le gazzette provinciali e locali sono sotto gli occhi di tutti appresso i capi de'luoghi, nelle residenze comunitative, ed anche nelle osterie. E siccome in Germania è oggidì un'eccezione il trovare dei cittadini o dei contadini, che non sappiano leggere; così è forza concedere, che chiunque ha bisogno di danaro può informarsi ampiamente sul prezzo corrente dei capitali mutuabili, e che, quando non trovi da accomodarsi nel luogo della sua dimora, può cercar sodisfazione al proprio bisogno nella prossima città provinciale, alla quale, in mezzo alla maravigliosa facilità delle odierne comunicazioni, gli è dato di recarsi in brevissimo tempo.

§. 14.

Dietro queste generali considerazioni intorno alle leggi relative all'usura ci faremo ad esporre qualche riflessione sopra ciò che è stato determinato in materia da alcuni codici moderni.

Che il giudice debba rigorosamente distinguere fra il trapassamento del piede legale del frutto e la frode, noi non ne sappiamo dubitare. Imperocchè, se per l'idea dell'usura si richiede il carattere dell'inganno in pregiudizio del debitore, si presenta il delitto di frode, ed una disposizione legale sull'usura fraudolenta ci sembra inutile, o dannosa. E se all'usura fraudolenta si minacciano le pene della frode, come fa il codice penale di Würtemberg all'art. 355, e il progetto di quello di Berna al §. 250, non si sa intendere, a che possa propriamente servire una sì fatta disposizione legale (8); perchè sono sufficienti i principj generali, e perchè il giudice da una determinazione particolare può essere indotto a pensare, che a constituire l'idea giuridica dell'usura fraudolenta si richieda un carattere diverso da quello, che constituisce la frode. Che se poi per l'usura fraudolenta si stabiliscono pene particolari; allora una frode, la quale non fa altro che presentarsi sotto una forma speciale, viene ad esser punita, o troppo rigidamente, o troppo dolcemente (9).

(8) L'art. 355 del cod. pen. di Würtemberg dice così: « Il
« trapassamento del piede legalmente permesso del frutto si trae
« dietro le sole conseguenze di diritto privato, o di polizia, deter-
« minate contro l'usura, eccettochè quando il creditore, per ingan-
« nare il debitore, avesse velato per modo il contratto usurario,
« che non se ne potesse chiaramente raccogliere la vera ragione
« del frutti col capitale: nel qual caso si applicano le disposizioni
« relative alla frode ».

(9) Il mescolarsi, che fa così di frequente la frode con l'usura, e la difficoltà di liberarsi da vecchie idee, ci mostra il perchè tanti voti, anche nelle assemblee legislative, sostengano la conservazione delle disposizioni penali contro il trapassamento del frutto legale.

Perciò (supposta la giustizia delle leggi intorno all'usura) noi possiamo approvar solamente la disposizione del codice penale sassonico nell' art. 293, la quale stabilisce in proposito, che il trapassamento del *maximum* legale del frutto involge il delitto di usura.

La legislazione bavara ha cambiato di massime in questa materia. Il codice penale del 1813 tratta dell'usura nell' art. 261 sotto la rubrica della frode. I progetti del 1827 e del 1831 collocano l' usura fra i danneggiamenti.

L' art. 356 del progetto del 1831 dice: « Chiunque « in affari di crediti fa soverchieria ad alcuno, mediante « un contratto dichiarato usurario dalle leggi civili, deb« b' esser punito, a denunzia e richiesta parte, secondo « la distinzione seguente ».

Su di ciò i motivi nel 1827, a p. 270, ai quali si riferiscono anche quelli del 1831 a p. 255, osservano, che questo fatto non si può considerare come una specie di frode, come fece in parte il codice penale del 1813, perchè l' usuraio non apporta nocumento al danneggiato per mezzo d'inganno e di simulazione. Il danneggiato in fatti conosce di esser soverchiato, ma è persona leggiera, o non si può accomodare altrimenti: e l' usuraio si approfitta di queste circostanze, per procacciarsi un illecito vantaggio. Ora contro chi sa ed acconsente non può commettersi frode. Ancorchè si compili un documento, e con questo si ricopra l'usura; l'inganno, cui si mira col documento, non è diretto a soverchiare un ignaro, ma solamente ad impedire il discoprimento della vera indole dell'affare a terze persone, che non hanno interesse nel medesimo.

Se, a tenore di questi motivi, per l'idea dell'usura non si richiedono atti fraudolenti, ma basta il trapassamento del piede legale del frutto, si può domandare il

perchè questa intenzione non fosse espressa nel codice in un modo, che allontanasse ogni dubbio. Il verbo *soverchiare* in fatti non tanto significa il semplice trapassamento del frutto legale, quanto gli atti fraudolenti, di cui il creditore, per occasion dell' affare, si renda colpevole contro il debitore.

§. 15.

Che il verbo *soverchiare* si possa intendere in questo senso, è provato non solo dall'uso comune di favellare, ma ancora dal §. 489 del progetto di Baden, dai motivi del Governo, e dal parere della commissione della seconda camera sul detto articolo.

Il §. 489. del progetto di Baden è così concepito.

« Chiunque negl'imprestiti, ed in altri contratti one-« rosi, si stipula utilità eccessive, è punito di usura nei « casi seguenti:

« 1) Quando si approfittò del bisogno conosciuto o « della leggierezza dell'altro, per soverchiarlo, e si fece « velatamente promettere nel documento contrattuale i « convenuti profitti usurarj;

« 2) Quando, per ingannare l'altro, mascherò il con-« tratto in maniera, che quegli non riconobbe la vera « ragione della prestazione con la controprestazione, e « pel grado delle sue cognizioni non la potè facilmente « riconoscere;

« 3) Quando cagionò un real pregiudizio patrimoniale « ad un minore, ad un interdetto, o ad una mano morta ».

Nei motivi di questo articolo si dichiara espressamente, che il trapassamento del piede legale del frutto non debb'essere di per sè comminato di pena; perchè la mala fede può eludere il divieto; perchè l'uomo onesto troverebbe in sì fatto divieto un ostacolo inopportuno a com-

merciare il danaro; e perchè il danaro sale, o cala di prezzo, come una merce, per la quale, secondo le circostanze, può qualcheduno promettere una utilità correspettiva, che non conviene ad un altro. Per l'idea dell'usura si richiedono dunque dei raggiri ingannevoli (10). Nella stessa guisa si esprime anche il rapporto fatto nella seconda camera: e le risoluzioni di questa sembrano stare in armonia coi motivi e col rapporto.

Ma, se per l'idea dell'usura si richiedono dei raggiri ingannevoli, noi domandiamo la ragione, per cui non s'abbia a comprendere sotto le generali disposizioni, che governano la materia della frode. A noi sembra indifferente, che uno commetta frode per occasion d'un imprestito, o di un altro affare. Una volta che si esige l'inganno per parte del prestatore, non si sa vedere il perchè si vogliano stabilire altri principj per giudicare la frode. E siccome, secondo il §. 490 del progetto di Baden, un tale usuraio fraudolento, cioè un tal frodatore, è punito con una multa, che può arrivare fino al decuplo del guadagno ritratto o pigliato di mira, e solamente nel caso di recidiva soggiace alla carcere di circondario; così conseguita, che senza giusta ragione egli se ne può uscire a migliori condizioni di quello, che si è reso colpevole di un'altra specie di frode.

Ma ancora sotto un altro rispetto noi riputiamo non commendevole la disposizione del progetto di Baden.

L'allegato §. 489 presuppone per la frode punibile, che sieno stati pattuiti profitti eccessivi. Che si dovrà pertanto intendere sotto questa espressione? I motivi e

(10) Ma il num. 1. dell'art. 489 esprime la necessità dell'inganno solamente con la parola *soverchiare*; perchè per velamento di profitti usurarj qui s'intende quello, che è provenuto da amendue le parti. Di un velamento diretto all'inganno del debitore parla il num. 2.

il rapporto della commissione hanno sentito la difficoltà, senza risolverla abbastanza; perchè rinviano al prudente arbitrio giudiciale, al quale rilasciano il decidere, se il semplice trapassamento del piede legale del frutto debba bastare a constituire questo profitto eccessivo, o se si richieda di più, e quanto di più.

Il ricorrere al prudente arbitrio del giudice non potrebbe essere facilmente in altri casi tanto pericoloso, come qui; perocchè mentre quel giudice, che ha fatto affari di danaro per sè, o per altri, sarà indulgente, e non lascierà inosservate le relazioni, di cui si è parlato di sopra, un altro giudice, che sia rimasto estraneo a tali cose, e che non abbia pratica d'altro, che della sua stanza d'uffizio, e del suo domestico gabinetto di studio, troverà un eccesso anche quando sia stato pattuito un quarto per cento al di sopra del *maximum* legale del frutto.

E quanto poi son vaghe le idee di bisogno e di leggierezza, menzionate nel num. 1. del §. 489! Si trova esempigrazia in stato di bisogno colui, che non ha tanto danaro contante da poter continuare l'ordinario suo genere di vita? Oppure il bisogno si dovrà ammettere solamente, quando la persona, di cui si parla, non abbia più cosa alcuna, con la cui alienazione possa provvedere alle più indispensabili esigenze della vita? È leggiero colui, che fa degli affari senza certa prevision del successo, e così arrischia qualche cosa, o l' idea della leggierezza richiede degli anni di condotta irriflessiva, e di continue perdite patrimoniali?

§. 16.

Il progetto di Assia dispone come segue: « Chiunque in affari di credito soverchia un altro per mezzo « di un contratto, dichiarato dalle leggi civili usurario,

« debb' esser punito, a denunzia e richiesta di parte, e « purchè abbia già ritirato il profitto illecito, a tenore « della distinzione seguente ». Questo progetto adunque richiede per l'idea dell' usura punibile non solo il trapassamento del *maximum* legale, ma ancora la soverchieria.

Se sotto la parola *soverchieria* si debbano intendere ingannevoli raggiri, non è manifesto; perchè mancano i motivi, che spieghino le disposizioni del progetto, e perchè il governo di Baviera e quello di Baden hanno dato una diversa esposizione agli articoli relativi de'loro progetti, di ambedue i quali è proprio il verbo *soverchiare* indi è trapassato evidentemente nel progetto di Assia.

Or siccome il legislatore, se avesse voluto stabilire la pena per via del solo trapassamento del *maximum* legale del frutto, avrebbe fatto meglio ad adottare il disteso del codice penale di Sassonia; e siccome non si può negare, che *soverchiare* ha spesso nella vita comune un significato equivalente a *fraudare*; così potrebbe sembrare, che ancora il progetto di Assia richiedesse per l'usura punibile un qualche atto ingannevole.

Anche la disposizione, con la quale il progetto di Assia richiede per la penalità dell'usura il ritiro effettivo d' un' illecita utilità, non ci par commendevole, nè conciliabile con le ragioni subiettive, che danno principale occasione ai divieti penali dell'usura. Perchè in fatti non punire colui, che si è stipulati de' frutti proibiti, e che domanda di settimana in settimana all'aggravato debitore l' adempimento delle sue obbligazioni, mentre a tenore dello stesso progetto si dee punire chiunque s'intasca i frutti non chiesti, che gli vengono volontariamente portati, e ne fa quitanza?

Nei motivi del progetto di codice di polizia penale di Württemberg, che nell'art. 69 ha adottato la stessa

disposizione, si dice per verità, che sarebbe una contraddizione il sottoporre a pena un atto giuridicamente nullo, col quale non si fa altro, che prender di mira la violazion della legge, mentre l'impedire l'effetto del medesimo sta sempre nel poter di colui, che dee risentire l'offesa. Ma, prescindendo dall'osservare, che questa ragione combatte le comminazioni penali contro l' usura, in quanto che non solamente la promessa, ma ancora il pagamento di frutti eccessivi dipende dalla volontà del debitore, noi giudichiamo insussistente quel motivo; perchè, segnatamente nell'usura mascherata, l'atto più pericoloso pel debitore è la conchiusion del contratto; perchè, siccome fu notato di sopra, l'immoralità si consuma con questa conchiusione; e perchè, quando si reputa punibile la riscossione, non potrebbe, secondo i generali principj, rimanere impunito il tentativo di essa, cioè il contratto.

Poco del pari ci sembra appoggiata a fondamenti giuridici la distinzione fra l'usura mascherata e la non mascherata. Imperocchè la forma, che due patteggiatori danno alla loro convenzione, non può in generale esser causa di una pena, nè fornire occasione ad una particolar graduazione di pena: ma il mascherare l'usura, per ingannare il contraente, cade sotto l'idea della frode.

Il codice penale francese, che è tuttora in vigore nelle provincie germaniche del Reno, e così anche in una parte del Granducato di Assia, tace affatto intorno al delitto di usura. All'opposto la legge del 3 Settembre 1807 (11) contempla singolarmente l'usura per mestiere.

(11) Questa legge dice così. « Art. 1. I frutti contrattuali negli affari civili non debbono oltrepassare il cinque, nè il sei per « cento negli affari commerciali — Art. 2. I frutti legali sono del « cinque per cento negli affari civili, e del sei negli affari commerciali — Art. 3. Se si dimostra, che sono stati convenuti frutti più

Noi, concordemente ai principj già sviluppati di sopra, non riputiamo degna di approvazione neppur questa legge penale: ma fra tutti i divieti quello contro l'usura per mestiere ci sembra essere il più ragionevole, a motivo del carattere subiettivo dell'azione, della personalità dell'agente, che si appiatta all'oscuro, e del bisogno particolare, in cui d'ordinario si trovano quelli, che per ultimo rifugio ricorrono a simili usuraj di professione. L'obiezione dedotta dalla difficoltà di mettere in chiaro l'idea indeterminata, racchiusa nell'espressione per mestiere, si rimuoverà, osservando, che essa appartiene ancora alla nozione di varj altri delitti, o che influisce sulla loro maggiore penalità (12).

§. 17.

Il codice criminale di Brunswick fa distinzione nei §§. 231. e 232. fra l'usura fraudolenta e la semplice.

« §. 231. Un creditore, che ha oltrepassato il piede « dei frutti legalmente permesso, e per ingannare il cre-

« altri di quelli determinati dal primo articolo, il mutuante debb'es« ser condannato dal tribunale, dinanzi a cui pende la controversia, « a restituire il di più, se lo ha ricevuto, o a stornarlo dal capitale, « e, secondo le circostanze, può essere rinviato davanti ad un tri« bunale correzionale, che lo giudicherà a tenore del seguente ar« ticolo. — Art. 4. Chiunque è incolpato d'ingerirsi abitualmente « d'usura, debb' esser condotto davanti al tribunal correzionale, e « condannato, quando venga convinto, ad una multa, che non superi « la metà dei capitali imprestati ad usura. E se dal processo risul« terà, che l'imprestatore abbia operato con astuzia, e con frode, « egli dee soggiacere, oltre alla detta multa, anche ad una carce« razione, che non può oltrepassare due anni ».

(12) I motivi di questa legge si possono prendere da *Locré*, *Legislation de la France*, t. 15. p. 66. e seg. — Al bisogno ivi espresso si potrebbe per altro sodisfare più efficacemente, migliorando il sistema ipotecario francese.

« ditore ha mascherato il contratto usurario per modo, che
« non se ne possa chiaramente raccogliere la vera ragion
« dei frutti, o dei vantaggi convenuti in luogo dei frut-
« ti, col capitale, debb'esser punito come un frodatore.

« §. 232. Un creditore, che si fa promettere, o pre-
« stare frutti più alti dei legalmente permessi, o in vece
« di questi dei vantaggi, che oltrepassano il piede dei
« frutti permesso, o somme maggiori, o migliori qualità
« di moneta di quelle, che ha diritto di esigere, o per
« la concessa dilazione un di più dei frutti legalmente
« permessi, o della loro valuta, o nel far l'imprestito al
« debitore, in vece di danaro contante, o di cartelle
« dello Stato, o di credito, che equivalgono a danaro
« contante, consegna cose, dee soggiacere alla carcere
« fino ad un anno od alla multa corrispondente.

« Queste disposizioni penali non si applicano agli
« affari veramente mercantili, che sono proprj di questo
« esercizio d'industria ».

Il primo paragrafo sull'usura fraudolenta è copiato nell'essenziale dalla legislazione di Württemberg. Noi ci riportiamo in questo proposito a quanto abbiamo già detto, ed aggiungiamo le osservazioni seguenti.

1) Il mascherare porta in sè, a forma del §. 231, il carattere della frode, mentre vi sono altre legislazioni, che lo considerano come almeno una circostanza aggravante, ancorchè avvenga col consentimento di amendue le parti.

2) Il delitto di usura dee riguardarsi per già consumato, sol che abbia avuto luogo una promessa di profitti illegali. E qui s' incontra una differenza essenziale dalla legislazione d'Assia, e di Baviera, come dal codice di polizia penale di Württemberg, delle cui disposizioni in materia d'usura parleremo tra poco. Noi facciamo menzione di queste diversità, perchè ne risulta l'oscillazione

delle legislazioni nell'intiero argumento, la quale mostra il difetto di un saldo fondamento giuridico-criminale.

3) Ancora chi pattnisce in proprio favore migliori qualità di moneta di quelle, che ha dato, è punito d'usura comune. E questa è una vera limitazione di commercio. Vi fu un tempo, in cui per esempio in Francfort la moneta prussiana era molto più vile della moneta di convenzione; e più tardi questa ragione si trasformò nella contraria. Ora una specie di moneta dovrà tenersi per migliore d'un'altra, secondo la diversità del tempo e del corso, e il giudice dovrà decretare la pena secondo la misura del corso del cambio al tempo del conchiuso contratto, mentre forse al momento della sentenza la specie convenuta, che era innanzi più bassa, è salita nel corso al di sopra di quella data?

4) Quando il creditore si fa promettere per la concessa dilazione un di più dei frutti legalmente permessi, commette il delitto di usura. Noi non vogliamo negare, che un simil contratto possa aver qualche volta un lato immorale: ma dov'è il fondamento giuridico d'una comminazione penale? Non può in molti casi il frutto accresciuto essere un risarcimento della perdita, che realmente risente il creditore? E come si può giustificare, che sia colpito di pena colui, che in un simil contratto riconosce la sola possibilità di schivare il danno, che gli vien minacciato dalla morosità del suo debitore, quando il rimedio giuridico ordinario, per causa dell' inevitabile indugio, non lo preserva da ogni pregiudizio? Oltracciò si dee dubitare, se questa disposizione del codice sia per riuscire proficua ai debitori aggravati; perocchè il creditore, a cagione del divieto penale, può ritrovarsi esposto ad una giudiciale querela, che in molti casi costerà al bisognoso di danaro più cara d'un aumento di frutto.

5) Poco del pari noi ci sappiamo chiamar sodisfatti

di quella disposizione, per cui debb'esser punito di carcere fino ad un anno, o della multa corrispondente, chiunque nell'imprestito ha dato cose in vece di danaro contante. Non è indifferente, che il prezzo di compra abbia mutato aspetto? o che il compratore, che non può pagar subito, rilasci un'obbligazione (la promessa de'frutti non è qui necessaria), come se fosse stato conchiuso un imprestito? Qual immoralità, qual pericolo in un simile affare? E dalla disposizione legale non può derivare l'effetto, che restino impediti molti contratti di compra e vendita, e così ristagni in qualche parte il commercio?

La proposizione finale del §. 232 è presa dal codice penale di Sassonia. E noi abbiamo già manifestato in tal proposito la nostra opinione.

§. 18.

L'art. 313. del codice criminale di Annover dispone così.

« I contratti usurarj d' ogni specie, quando la vera
« ragion del frutto col capitale non risulta immediata-
« mente e con precisione dal contratto, e si possono per-
« ciò riguardare come mascherati, si debbon punire co-
« me le semplici frodi, avuto riguardo al trapassamento
« maggiore o minore della misura legale del frutto ».

Che cosa si debba intendere per contratti usurarj nel senso giuridico penale, rimane indeciso. L'inganno del debitore non si richiede per l'idea dell'usura: ma il fatto debb' essere equiparato alla frode, quando amendue le parti hanno trovato corrispondente al loro interesse di non far risultare immediatamente dal contratto la ragion dei frutti col capitale. Il trapassamento liberamente convenuto della misura legale del frutto non è dunque punibile, quando sia espresso nel contratto. Ecco una nuova

deviazione essenziale dal concetto dell'usura punibile, determinato da altri codici, ed ecco una novella riprova del suolo mal fermo, su di cui si muove in questo tema la legislazione.

§. 19.

Come fu già notato, il codice penale di Würtemberg nell' art. 355 parla solamente d' usura fraudolenta: ma non per questo il trapassamento della misura legale del frutto resta impunito; perchè il codice di polizia penale contiene le seguenti disposizioni (13).

1) Le prestazioni da ritirarsi per l'imprestito di danaro, o di altre cose fungibili, non debbono oltrepassare il sei per cento.

2) Nei frutti non si computa il rimborso di spese particolari, che l'imprestatore potesse dimostrare di aver fatte per eseguire l'imprestito, nè una discreta ricompensa di lavori e servigj speciali, che egli potesse provare di aver fatti nell'interesse esclusivo di chi prese l'imprestito. Non può esser fatta per altro valere per una simile spesa la provvisione pagata dall'imprestatore ad un terzo, da cui egli pigliò il capitale somministrato.

3) Non si guarda affatto alla forma, sotto la quale si ritirano i frutti.

4) Seguono poscia delle disposizioni sul modo di computare le prestazioni ritirate, secondo che queste consistono in danaro, od in altri oggetti.

5) La convenzione di frutti più alti è invalida, e l'eccesso già prestato si può ripetere dal debitore.

6) La pena del trapassamento consiste nel simplo di

(13) Queste disposizioni sono state estratte dal progetto: ma nelle discussioni statuali non hanno sofferto alcuna alterazione essenziale.

ciò che è stato ritirato di più. Nella prima, seconda, terza recidiva ec., la pena si eleva al duplo, al triplo, al quadruplo ec. L'usura per mestiere, oltre ad esser sottoposta a pena pecuniaria, soggiace ancora all'arresto fino a tre mesi.

7) La legge non è applicabile

a) alle persone, cui compete indefinita capacità di cambio (14):

b) agl' imprestiti ad altre persone, allorchè ed in quanto nella conchiusion del contratto il pagamento di una prestazione, che ecceda i limiti legali, sia stato dichiarato ammissibile dal capo locale dell' imprestatore per motivi particolari, che questi dee proporre in iscritto: nel qual caso bensì è riservato il ricorso al magistrato di polizia del circondario:

c) agl'imprestiti, che vengano presi dallo Stato, o da una corporazione soggetta alla sorveglianza dello Stato, semprechè sieno stati approvati dai magistrati sorvegliatori:

d) agl'imprestiti, che gli stabilimenti d'imprestito sottoposti a pubblica sorveglianza abbiano fatti in conformità dei loro statuti.

Giacchè la legislazione di Württemberg non seppe convincersi dell'inammissibilità di divieti penali contro l'usura in generale, ci sembra lodevole, che essa abbia almeno riposto l' intiero tema nella provincia della polizia, e non lo abbia trattato nel codice penale, come si è fatto in Baviera, in Baden, in Assia, in Brunswick, e in Annover; avvegnachè, dove si credano necessarie delle pene contro l' usura, non si può disputare del loro carattere di polizia.

All'opposto noi riputiamo inconveniente, che l'idea dell'usura si estenda ad affari, che non sono di semplice

(14) Conf. il fascicolo aggiunto all'anno 1840 dell'archivio di diritto criminale p. 79. in nota.

danaro; perocchè per sì fatta estensione si ristringe il libero movimento de' cittadini anche più che con altre leggi sopra l' usura. Oltre di che il vero imprestito di cereali, di vino, e di altre derrate si presenta così di rado, che ci sembra provvedimento inefficace e doppiamente pericoloso l'applicarvi dei divieti penali, la cui giustizia è già sottoposta a dubbj così rilevanti anche nell'imprestito del danaro.

Vuolsi rendere omaggio di lode alla legge, quando dispone, che nel computo della misura del frutto si diffalchino le spese particolari dell'imprestatore, e gli si abbuonino le ricompense di servigj, fatti nell'interesse esclusivo del debitore: ma viceversa noi crediamo ingiusto l' eccettuare da questa regola la spesa della provvisione data ad un terzo. E quando per sostenere sì fatta disposizione si dice, che senza di essa potrebbe eludersi troppo facilmente la legge, e che quegli, il quale è in grado d'imprestare un capitale mediante il dispendio d'una provvisione anche lecita, è un mediatore sospetto; si adducono dei motivi, che non sono in alcuna maniera giustificati. Il caso, che sia prestato danaro per terza mano, è frequente. Ambedue le parti, debitore e creditore, possono avere buone ragioni di procedere in questo modo, senza che l'uno o l'altro si renda sospetto. E quando si possa provare, che il mutuante, con scienza del mutuatario, ha preso il danaro da altra mano, e che paga perciò una provvisione, di cui gli è stato promesso il risarcimento, si viene ad esercitare uua tutela inutile sul debitore, dichiarando, che l' affare non solamente è invalido, ma ancora soggetto a pena, mentre i contraenti hanno trovato conveniente di coscervare coi frutti la detta provvisione.

Poco del pari noi sapremmo commendare le disposizioni riferite sotto num. 7, le quali palesemente si propongono di rimuovere le obiezioni, a cui soggiacciono in

generale le leggi contro l'usura. La distinzione fra persone capaci ed incapaci di cambio imprime sopra un' intiera classe di individui stimabili, ed abilissimi a conchiudere ogni specie di affari, il pubblico marchio della semplicità; non è adattata al grado di civiltà, in cui si trovano i nostri cittadini, artigiani, e campagnuoli; riposa sopra le condizioni essenzialmente diverse de'tempi andati; e dee nell'applicazione condurre a risultati singolari. Mentre in fatti al basso impiegato, che si ritrova sovente in ristrettissime circostanze, e ad un merciajo di campagna, il cui intiero capitale consiste forse in venticinque fiorini, si può imprestare a quella ragione, che aggrada, la legge protegge senza bisogno il possessore di vaste tenute, e colui, che senza esser mercante, o letterato, vive del suo danaro, ed intende con esso di passarsela il meglio possibile, del pari che l'artigiano, che lavora con dieci o venti garzoni.

Qual linea di confino si debba tirare fra l'artigiano e il fabbricante, non si sa vedere. Noi presupponiamo certamente, che il fabbricante si debba intendere al di sotto del mercante e del negoziante: ma non sappiamo poi, se la differenza fra artigiano e fabbricante debba esser determinata solamente dal nome arbitrariamente scelto, o dal numero de'lavoranti (garzoni), o dalla specie del lavorio, o da qualche altra cosa. Una difforme maniera di sentenziare potrebbe esser dunque la conseguenza dell'applicazion della legge. Nè si potrà rendere un'adequata ragione del perchè lo scrivano d'un pubblico uffizio, ed altri bassi impiegati non debbano esser protetti contro il trapassamento del *maximum* legale del frutto, mentre è proibito sotto sanzione penale di prendere dal paroco del luogo più del sei per cento.

Comparazioni di tal natura, da far risultare l'inopportunità della disposizione, onde teniamo discorso, si

potrebbero moltiplicare a piacere: ma noi ci volgeremo piuttosto all'altra eccezione menzionata nello stesso num. 7 sotto lettera b.

Fu già notato, che ogni tutela inutile è ingiusta, e che il troppo governare è nocivo. Secondo lo stato presente dell'instruzion popolare, e della civilizzazione, che ne procede, si deve ammettere, che ogni cittadino maggiore, quando goda della libertà di volere, sia in grado di presiedere da sè medesimo ai proprj affari, e di ponderare ciò che gli giova, meglio che una persona pubblicamente incaricata, ignara delle capacità, delle forze, e delle relazioni individuali ed economiche di lui. Sebbene in fatti una tal persona abbia meritamente ricevuto dallo Stato quella pubblica testimonianza d'intelligenza, pure in molti casi almeno non ha il tempo di acquistare la debita famigliarità con tutte quelle circostanze, la cui valutazione è necessaria per esercitare una tutela di questa sorte. E se tal difficoltà si può sollevare contro gl'impiegati superiori della giustizia e dell'amministrazione, quanto sarà più giustificata rispetto alla citata disposizione del codice di polizia penale di Württemberg, in virtù della quale dee competere al capo del luogo il decidere, se per taluno sia utile, o no, il pagare in un dato caso un frutto maggiore del sei per cento?

Noi riputiamo, che la detta disposizione non sia adattata a far conseguire lo scopo desiderato. Nei luoghi grossi si ritrovano dei capi meno informati delle relazioni personali e patrimoniali, e i capi de'luoghi piccoli sono d'ordinario meno qualificati. Ma supposto ancora, che essi possedessero tutta l'abilità necessaria ad intraprendere una così delicata *causae cognitio* (il che avverrà di rado a riguardo del gran proprietario, del fabbricante, o del paroco, perchè i contatti del borgomastro, o dello scoltetto, sono affatto diversi da quelli delle nominate per-

sone); non ostante o l'inquisizione sarà fatta superficialmente, e soltanto per apparenza, e la decisione riuscirà conseguentemente arbitraria, o dal procedimento deriveranno altri pregiudizj, a cui la legislazione non dovrebbe, senza urgenti motivi, esporre i suoi cittadini. Noi alludiamo al penetrare nelle relazioni patrimoniali e domestiche delle persone bisognose di danaro: il che in molti casi, non ostante la maggior coscienza degl'investigatori, può aver conseguenze molto più pregiudicevoli del pagamento di qualche cosa di più del *maximum* legale del frutto. E quanto non sarà dispiacevole la situazion di colui, che con l' imprestar danaro vuole intraprendere un affare, del quale non v' ha alcuno, che renda conto volentieri, se dee palesare il suo stato patrimoniale, e forso tutto l'interno della propria famiglia ad un magistrato locale, in cui non ripone per avventura l'intiera sua confidenza? E chi vorrebbe un imprestito, per dar opera ad utili intraprendimenti, non potrà rimaner disturbato dalla *causae cognitio*, o distolto, per timore di un simile procedimento, dal prendere il capitale desiderato? E l' avversione, che molti avranno per le disposizioni della legge, non promuoverá, al pari delle proibizioni assolute dell'usura, i contratti simulati? Converrà poi, che un diritto di tanta importanza sia nelle mani del capo locale, a cui, per quanto si può desumere dall' estratto dell'ordinanza di Württemberg, che abbiamo sott' occhio, non può esser prestato danaro neppure per la sua persona ad un frutto maggiore del sei per cento? Per ciò finalmente, che riguarda il diritto di ricorrere al magistrato di polizia del circondario contro il rifiuto del capo locale, noi riputiamo, che questo rimedio sarà di ben poca efficacia; perchè simili affari di danaro hanno bisogno per ordinario di gran sollecitudine, e perciò il tempo che si consumerà nel ricorso, farà frequentemente svanire l'interesse dell'una, o dell'altra parte.

La quantità delle pene, comminate nella legge, ci sembra adattata al carattere d' un reato di polizia: ma dobbiamo per altro qui rammentare ciò che si è detto di sopra. Qual effetto produrrà la pena del duplo o del triplo contro un vero usuraio, che ha saputo per così lungo tempo schivare la pena del decoplo? E, mentre è sì difficile il discoprire l'usura, quanto di rado si potrà applicare la massima pena di tre mesi di carcere all' usura per mestiere!

§. 20.

Indipendentemente da quello, che dal §. 1 fino al §. 13 abbiamo detto in generale intorno all'ingiustizia ed alla inopportunità delle leggi in materia d'usura, risulta dall'oscillazione delle leggi moderne intorno a ciò, che si dee punire, o no, come usura, e dalle altre disposizioni molto contraddittorie fra loro, che il legislatore si pone evidentemente in quegl' imbarazzi medesimi (15), che sempre incontra, ogni qual volta minaccia di pena un'azione, che secondo i principj generali non è punibile, ma solamente immorale in certe circostanze.

Anche gli esempj d'Austria e di Francia ci conducono ad abbracciare una diversa opinione. Vi sono certi mali, a cui la legislazione non può riparare, ed il preteso rimedio dei quali non fa che aprire la porta ad altri in-

(15) Il §. 233. del codice austriaco delle gravi tragressioni di polizia dice rispetto all'usura: « Tutti i contratti usurarj si debbo- » no considerare come gravi trasgressioni di polizia contro la si- » curezza della proprietà. Ma siccome l' usura prende tante forme » diverse, e per mascherarla e nasconderla suole impiegarsi tanta » astuzia, che rende molto implicata e lunga l'investigazione; così » il procedere contro questa trasgressione è commesso ad una spe- » ciale magistratura, secondo le norme contenute in una patente » pubblicata a parte ».

convenienti. Ciò singolarmente accade, come abbiam dimostrato, in materia d'usura.

Le antiche leggi austriache su questo proposito furono abrogate, perchè si vide, che erano vere sorgenti di pressure usurarie (16): ma più tardi si richiamarono in vita sott'altra forma. Se adesso in Austria viene esercitata minore usura di prima, noi siamo convinti, che questo felice risultato non sia conseguenza della patente, pubblicata a parte su di questa trasgressione, ma bensì dei miglioramenti amministrativi, introdotti in quell'impero, come da per tutto.

Noi conchiuderemo il nostro discorso osservando, che in virtù delle addotte ragioni riputiamo inopportuni tutti quanti i divieti penali dell'usura: ma che, quando pur si vogliano pubblicar delle leggi in materia, ci sembra necessario inserirle nel codice di polizia penale, e separare rigorosamente la frode dall'usura, come azioni affatto diverse fra loro; che non si può immaginare altra linea di confino fra l'usura punibile e la non punibile, che il semplice trapassamento del *maximum* legale del frutto; che la pretesa tutela di alcune classi di cittadini è contraria allo spirito del tempo, non meno che al grado della civiltà presente; e che, se uno non si può convincere della convenienza di rifiutare ogni comminazione penale contro l'usura, meriterebbe di essere principalmente imitata la legge francese del 3 Settembre 1807.

(16) Zeiller Contribuzioni alla giurisprudenza t. II. p. 170.

FINE DEL TOMO III.

ERRATA CORRIGE.

ERRORI.				CORREZIONI.
pag.	38.	v.	17. rifinisce	riferisce
»	67.	»	25. intrapreso	intrapresa
»	121.	»	19. In un'	in un'
»	133.	»	9. commissiene	commissione
»	227.	»	5. dall' offeso	dell' offeso
»	266.	»	2. simile azioni	simili azioni
»	280.	»	4. pel furto.	del furto
»	293.	»	10. tentanto	tentato
»	296.	»	24. mietato	mietuto
»	300.	»	16. Sachow	Salchow
»	378.	»	13. si dee bandire	non si dee bandire